

Faculteit Rechtsgeleerdheid

Universiteit Gent

Academiejaar 2015-2016

**De erkenning in België van buitenlandse akten/vonnissen
in verband met de zorg aan kinderen door middel van de
kafala**

Masterproef van de opleiding

‘Master in de rechten’

Ingediend door

Yasmine Haelemeersch

(studentennr. 01207002)

Promotor: prof. dr. J. Verhellen

Commissaris: V. De Ruyck

DANKWOORD

Deze masterproef vormt het sluitstuk van mijn opleiding Rechten aan de Universiteit van Gent.

Ik wil in de eerste plaats graag mijn promotor, prof. dr. Verhellen, bedanken voor het aanreiken van dit onderwerp. Dit onderwerp sluit immers perfect aan bij mijn interesse in het personen- en familierecht enerzijds en mijn belangstelling voor de internationaalrechtelijke aspecten van een bepaald vraagstuk anderzijds. Het was voor mij dan ook een plezier om mij in deze materie verder te mogen verdiepen. Ik wens mijn promotor ook te bedanken voor het nodige vertrouwen dat zij mij gedurende mijn masteropleiding heeft geschonken om deze masterproef tot een goed einde te brengen.

Ik wens in de tweede plaats graag mijn commissaris te bedanken voor de hulp die zij mij heeft geboden om van deze masterproef een gestructureerd geheel te maken.

Mijn speciale dank gaat ook uit naar prof. dr. Wuyts die mij met zijn inzichten op wetgevend vlak meer klaarheid heeft geschonken in verband met deze complexe materie.

Ik wens tot slot ook mijn familie en vrienden te bedanken voor de bijstand en de nodige verstrooiing die zij mij gedurende mijn rechtenopleiding hebben gegeven. Ik richt mij in het bijzonder tot mijn zus Sarah wiens steun de voorbije jaren voor mij van onschatbare waarde is geweest. Ik wil haar daarnaast ook bedanken voor het nalezen van deze masterproef en het aanbrenge van allerhande correcties.

Voor Hervé Mestdagh.

Brugge,
13 mei 2016,

INHOUDSTAFEL

1. INLEIDING	1
2. DEFINITIE, BESTAANSREDENEN EN WETTELIJKE VERANKERING VAN DE KAFALA	3
2.1. DEFINITIE VAN DE KAFALA	3
2.2. BESTAANSREDENEN VAN DE KAFALA	4
2.2.1. Ondervanging van de afwezigheid van de mogelijkheid tot adoptie	4
A. Oorzaken van kinderverlating	4
B. Wettelijke verankering van het verbod tot adoptie in Marokko, Algerije, Libië en Mauritanië	6
C. Wettelijke verankering van de adoptie in Tunesië	9
2.2.2. Intrafamiliale kafala	10
2.3. WETTELIJKE VERANKERING VAN DE KAFALA IN HET NATIONAAL RECHT VAN DE MAGHREB-LANDEN	11
2.4. WETTELIJKE VERANKERING VAN DE KAFALA IN HET INTERNATIONAAL RECHT	13
3. VOORWAARDEN, PROCEDURE, RECHTSGEVOLGEN EN EINDE VAN EEN GERECHTELIJKE KAFALA IN MAROKKO	16
3.1. WAAROM LIGT DE FOCUS OP MAROKKO?	16
3.2. WAAROM LIGT DE FOCUS OP EEN GERECHTELIJKE KAFALA?	18
3.3. VOORWAARDEN VAN EEN GERECHTELIJKE KAFALA	20
3.3.1. Welke kinderen kunnen het voorwerp uitmaken van een gerechtelijke kafala?	20
3.3.2. Verklaring van verlatenheid in hoofde van het kind	20
3.3.3. Voorwaarden waaraan een kandidaat-kafil moet voldoen	22
3.3.4. Toestemming van het verlaten kind	24
3.4. PROCEDURE VAN EEN GERECHTELIJKE KAFALA	25
3.5. RECHTSGEVOLGEN VAN EEN GERECHTELIJKE KAFALA	26
3.5.1. Geen juridische afstammingsband	26
3.5.2. Geen recht op erfopvolging	27

3.5.3.	Mogelijkheid tot naamsoverdracht	27
3.5.4.	Toekenning van schadeloosstellingen en sociale uitkeringen	28
3.5.5.	Burgerrechtelijke aansprakelijkheid	28
3.5.6.	Overdracht van het ouderlijk gezag	28
3.5.7.	Toelating om het Marokkaanse grondgebied te verlaten	29
3.6.	EINDE VAN EEN GERECHTELIJKE KAFALA	30
4.	ERKENNING VAN EEN KAFALA-AKTE IN BELGIE	31
4.1.	ERKENNINGSPROCEDURE IN HET ALGEMEEN	31
4.1.1.	Erkenningsprocedure vóór de inwerkingtreding van het Haags Kinderbeschermingsverdrag	31
4.1.2.	Erkenningsprocedure na de inwerkingtreding van het Haags Kinderbeschermingsverdrag	32
4.2.	ERKENNING VOOR DE INWERKINGTREDING VAN HET HAAGS KINDERBESCHERMINGSVERDRAG	34
4.2.1.	Probleemstelling	34
4.2.2.	Onderscheid adoptie – voogdij – pleegvoogdij – pleegzorg en vergelijking met de Marokkaanse gerechtelijke kafala	36
	A. Adoptie	36
	a. Duiding van het begrip ‘adoptie’	36
	b. Vergelijking van de toegangs- en procedure- voorwaarden tussen een Marokkaanse gerechte- lijke kafala en een adoptie	36
	c. Vergelijking van de rechtsgevolgen tussen een Marokkaanse gerechtelijke kafala en een gewone adoptie	39
	d. Vergelijking van de rechtsgevolgen tussen een Marokkaanse gerechtelijke kafala en een volle adoptie	41
	B. Voogdij	43
	a. Duiding van het begrip ‘voogdij’	43
	b. Vergelijking van de toegangs- en procedure- voorwaarden tussen een Marokkaanse gerechte- lijke kafala en een voogdij	44

c.	Vergelijking van de rechtsgevolgen tussen een Marokkaanse gerechtelijke kafala en een voogdij	46
C.	Pleegvoogdij	47
a.	Duiding van het begrip ‘pleegvoogdij’	47
b.	Vergelijking van de toegangs- en procedurevoorwaarden tussen een Marokkaanse gerechtelijke kafala en een pleegvoogdij	48
c.	Vergelijking van de rechtsgevolgen tussen een Marokkaanse gerechtelijke kafala en een pleegvoogdij	50
D.	Pleegzorg	51
a.	Duiding van het begrip ‘pleegzorg’	51
b.	Vergelijking van de toegangs- en procedurevoorwaarden tussen een Marokkaanse gerechtelijke kafala en een pleegzorg	51
c.	Vergelijking van de rechtsgevolgen tussen een Marokkaanse gerechtelijke kafala en een pleegzorg	53
E.	Conclusie	55
4.2.3.	Kwalificatie van een kafala-akte in de Belgische rechtsorde	56
A.	Geen adoptie	56
B.	Pleegvoogdij	59
4.2.4.	Gevolgen van het gebrek aan de ratificatie van het Haags Kinderbeschermingsverdrag	62
A.	Gevolgen op burgerlijk vlak	62
B.	Gevolgen op administratief vlak	63
C.	Gevolgen op sociaal vlak	68
4.3.	ERKENNING NA DE INWERKINGTREDING VAN HET HAAGS KINDERBESCHERMINGSVERDRAG	69
5.	MOGELIJKHEID TOT OMZETTING VAN EEN KAFALA-AKTE IN EEN ADOPTIE	79
5.1.	RATIO LEGIS VAN DE MOGELIJKHEID TOT OMZETTING VAN EEN KAFALA-AKTE IN EEN ADOPTIE	79

5.2. OMZETTING VOOR DE INWERKINGTREDING VAN DE WET VAN 24 APRIL 2003 TOT HERVORMING VAN DE ADOPTIE	80
5.3. OMZETTING NA DE INWERKINGTREDING VAN DE WET VAN 24 APRIL 2003 TOT HERVORMING VAN DE ADOPTIE	82
5.4. IS DE OMZETTING VAN EEN KAFALA-AKTE IN EEN ADOPTIE WENSELIJK?	99
5.5. VERENIGBAARHEID VAN DE WEIGERING TOT OMZETTING VAN EEN KAFALA-AKTE IN EEN ADOPTIE MET HET RECHT OP EERBIEDIGING VAN FAMILIE- EN PRIVELEVEN	101
5.5.1. HARROUDJ – ARREST	102
A. Feiten	102
B. Beslissing Europees Hof voor de Rechten van de Mens	104
C. Kritiek	106
5.5.2. CHBIHI LOUDOUDI - ARREST	108
A. Feiten	109
B. Beslissing Europees Hof voor de Rechten van de Mens	111
C. Kritiek	113
5.6. TOEKOMSTPERSPECTIEF	116
6. BESLUIT	119
7. BIBLIOGRAFIE	120

1. INLEIDING

1. Deze masterproef handelt over de erkenning in België van in het buitenland verkregen kafala-akten. Het gaat in het bijzonder om kafala-akten die werden opgesteld in één van de Maghreb-landen, zoals Marokko. De kafala vormt daar een alternatief voor een adoptieprocedure, vermits het rechtsinstituut van de adoptie in de Maghreb-landen (behalve in Tunesië) niet bestaat. Dit heeft tot gevolg dat wanneer een persoon die zijn gewone verblijfplaats in België heeft en een kind dat afkomstig is uit bijvoorbeeld Marokko wenst te adopteren in Marokko enkel een kafala-akte zal kunnen verkrijgen. Er zal door de bevoegde Marokkaanse autoriteiten aan deze persoon geen adoptieakte kunnen worden verleend.

2. Deze niet-toekenning van een adoptie zou op zich niet zo een probleem vormen, mocht deze persoon de mogelijkheid hebben om zijn kafala-akte in België te laten erkennen als een op zichzelf staand rechtsinstituut met de daarbij horende rechtsgevolgen die in het land waar de kafala-akte werd opgesteld aan de kafala worden toegekend. Dit is, ondanks de inwerkingtreding van het Haags Kinderbeschermingsverdrag in België op 1 september 2014, voorlopig echter nog niet het geval.

De bevoegde Belgische autoriteiten zullen bij de erkenning van een buitenlandse kafala-akte deze kafala-akte vooralsnog gelijkstellen met een in België reeds bestaand rechtsinstituut en zij zullen de rechtsgevolgen die aan dit Belgische rechtsinstituut toekomen zonder meer ook toepassen op de kafala-akte. De kafala-akte zal in de praktijk het vaakst worden gelijkgesteld met een pleegvoogdij. Dit is problematisch, vermits een pleegvoogdij het kind en de persoon die het kind opvangt een minder verregaande juridische bescherming verleent dan een kafala-akte.

3. Personen die hun gewone verblijfplaats in België hebben en zich naar een Maghreb-land begeven om daar een kafala-akte te verkrijgen, doen dit bovendien in het overgrote merendeel van de gevallen met het oog op een adoptie. Men is het er in de Belgische rechtsorde echter unaniem over eens dat een kafala geenszins kan worden gelijkgesteld met een adoptie.

De federale wetgever heeft een tiental jaren geleden gepoogd aan deze problematiek tegemoet te komen door de invoering van het artikel 361-5 BW. Dit artikel laat onder bepaalde voorwaarden de omzetting toe van een buitenlandse kafala-akte in een Belgische adoptie wanneer het land waar de kafala-akte werd gewezen het rechtsinstituut van de adoptie niet kent, bijvoorbeeld Marokko.

Echter, de omzetting van een buitenlandse kafala-akte in een Belgische adoptie is niet meer mogelijk sinds een arrest van het hof van beroep van Gent van 13 maart 2013. Het Gentse hof van beroep heeft in deze zaak geoordeeld dat een verzoek tot adoptie van een kind moet worden geweigerd wanneer de ouders of de wettelijke vertegenwoordiger van dat kind wiens herkomstland het rechtsinstituut van de adoptie niet kent niet hebben toegestemd in deze adoptie overeenkomstig de artikelen 348-3 – 348-5 BW en het artikel 358, tweede lid BW. Dit is echter een voorwaarde waaraan in feite nooit kan zijn voldaan, vermits het herkomstland van het kind het rechtsinstituut van de adoptie niet kent. Zijn ouders of wettelijke vertegenwoordiger kunnen dan ook onmogelijk hun toestemming geven tot een eventuele adoptie.

4. Dit alles heeft tot gevolg dat men zich momenteel in een ware impasse bevindt: een persoon die in België een kind onder zich heeft ingeolge een in het buitenland verkregen kafala-akte kan langs de ene kant sinds het arrest van het Gentse hof van beroep van 13 maart 2013 niet langer verzoeken om een omzetting van zijn kafala-akte in een adoptie, maar zal zijn kafala-akte langs de andere kant ook niet erkend zien worden als een op zichzelf staand rechtsinstituut met de daarbij horende rechtsgevolgen die in het land waar de kafala-akte werd opgesteld aan de kafala worden toegekend. Het is deze problematiek die ik in mijn masterproef uitgebreid zal onderzoeken. Het is in dit kader ook van belang om na te gaan wat de invloed van de inwerkingtreding van het Haags Kinderbeschermingsverdrag in België op dit laatste zal zijn.

2. DEFINITIE, BESTAANSREDELEN EN WETTELIJKE VERANKERING VAN DE KAFALA

2.1. DEFINITIE VAN DE KAFALA

5. De kafala is een islamitisch, familierechtelijk rechtsinstituut dat in het bijzonder voorkomt in de Maghreb-landen (ofwel: het noordwestelijke deel van Afrika), meer bepaald Algerije, Libië, Mauritanië, Marokko en Tunesië, en dat daar dienst doet als een maatregel ter bescherming van verlaten kinderen.

6. De Marokkaanse Wet n° 15-01 van 13 juni 2002 betreffende de tenlasteneming van verlaten kinderen definieert de kafala als volgt: “De kafala is een islamitisch rechtsinstituut dat het vrijwillig engagement inhoudt van een persoon of van een familie (een kafil) om een verlaten en minderjarig kind (een makfoul) ten laste te nemen en te zorgen voor zijn bescherming, opvoeding en onderhoud zoals een vader dat zou doen voor zijn zoon”.¹

7. Het Algerijnse Familiewetboek² en het artikel 60 van de Libische Wet n° 10 van 1984 betreffende het wetboek inzake het personeel statuut³ bevatten eenzelfde definitie van het rechtsinstituut van de kafala.

8. De Tunesische wetgever heeft op zijn beurt het rechtsinstituut van de kafala in meer algemene termen omschreven. De Wet n° 1958-0027 van 4 maart 1958 betreffende de officiële voogdij, de officieuze voogdij en de adoptie definieert de kafala als de vrijwillige verbintenis van een voogd om een minderjarig kind onder zijn hoede te nemen en te voorzien in zijn behoeften.⁴

¹ Art. 2 Loi n°15-01 (MAR) 13 juni 2002 relative à la prise en charge (kafala) des enfants abandonnés, Dahi n°1.02.172 du 1er rebia II 1423, *Bulletin Officiel* n° 5036 15 september 2002.

² Art. 116 Loi n° 84-11 (DZA) 9 juni 1984 portant Code de la Famille, *Journal Officiel* n° 24 12 juni 1984.

³ D. ATIGHETCHI, *Islamic Bioethics: Problems and Perspectives*, Dordrecht, Springer, 2007, 139.

⁴ Art. 3 Loi n° 1958-0027 (TUN) 4 maart 1958 relative à la tutelle publique, à la tutelle officieuse et à l'adoption, *Journal Officiel de la République Tunisienne* 7 maart 1958.

2.2. BESTAANSREDENEN VAN DE KAFALA

2.2.1. Ondervanging van de afwezigheid van de mogelijkheid tot adoptie

9. De eerste en ook belangrijkste functie van de kafala is volgens Barraud, doctorandus etnologie aan de Universiteit van Provence, het ondervangen van de afwezigheid van de mogelijkheid tot adoptie ter bescherming van een verlaten kind.⁵ Hoewel de adoptie van een kind in de Maghreb-landen verboden is (behalve in Tunesië), roept de Koran de moslims immers wel op om voor de wezen te zorgen.⁶

A. Oorzaken van kinderverlating

10. Hoe komt het eigenlijk dat er in zo een grote mate kinderen door hun ouders worden achtergelaten op straat? Dit fenomeen is ontstaan en zich gaan intensiveren in de jaren '80 in de Maghreb-landen, en dan voornamelijk in Marokko en Algerije. Het achterlaten van een kind door zijn ouders is in de eerste plaats het gevolg van ingrijpende maatschappelijke veranderingen die zich in de tweede helft van de vorige eeuw hebben voorgedaan, zoals de kolonisatie, de leegloop van het platteland, de urbanisatie, het uiteengaan van families enzovoort.⁷

11. Ten tweede is het bestaan van het fenomeen van het achterlaten van een kind ook een gevolg van de diep ingewortelde idee in de Maghreb-landen dat een 'familie' zich daar, volgens Barraud, definieert als de vrucht van de echtelijke eenheid die bestaat tussen een man en een vrouw (lees: het huwelijk) en waaruit vervolgens kinderen worden geboren. Het islamitische recht erkent in beginsel slechts een juridische afstammingsband tussen het kind en zijn biologische vader wanneer dat kind werd verwekt binnen het huwelijk.⁸

⁵ E. BARRAUD, "Adoption et kafala dans l'espace migratoire franco-maghrébin: la kafala multifonctionnelle", *L'année du Maghreb* 2008, afl. 4, (459) vn. 16.

⁶ U. M. ASSIM en J. SLOTH-NIELSEN, "Islamic kafalah as an alternative care option for children deprived of a family environment", *African Human Rights Law Journal* 2014, (322) 327 – 328; MOSLIMA, "Voorwaarden aan adoptie binnen de Islam", www.moslina.nl/nl/Vrouw-familie-gezin/adoptie.php.

⁷ E. BARRAUD, "Adoption et kafala dans l'espace migratoire franco-maghrébin: la kafala multifonctionnelle", *L'année du Maghreb* 2008, afl. 4, (459) vn. 9.

⁸ E. BARRAUD, "Adoption et kafala dans l'espace migratoire franco-maghrébin: la kafala multifonctionnelle", *L'année du Maghreb* 2008, afl. 4, (459) vn. 5.

12. De biologische vader van het kind moet volgens het islamitische recht dus de echtgenoot zijn van de moeder van het kind. Deze afstammingsband wordt in het islamitisch aangeduid met de term ‘nasab’. Een kind dat buiten het huwelijk werd verwekt, is een onwettig kind. Er kan in dat laatste geval op geen enkele wijze een juridische afstammingsband worden vastgesteld tussen het kind en zijn biologische vader, niet door wettiging noch door erkenning (uitzondering: in Tunesië kan het rechtsinstituut van de adoptie in zo een geval een oplossing bieden).⁹ De islamitische samenleving aanvaardt in haar maatschappij daarom geen kind dat geboren is buiten het huwelijk. De leefgemeenschap veroordeelt bovendien ook de moeder van het kind die een kind heeft verwekt buiten het huwelijk, omdat zij het huwelijk als grondslag voor het bestaan van een ‘familie’ niet heeft gerespecteerd.

13. Mede gelet op het feit dat abortus in de Maghreb-landen (behalve in Tunesië¹⁰) in beginsel verboden is¹¹, heeft het voorgaande volgens Barraud tot gevolg dat een moeder die haar kind niet wenst te houden, genoodzaakt is hetzij haar kind te vermoorden hetzij haar kind achter te laten op straat in de hoop dat men het kind vindt en het alsnog in een warm gezin terechtkomt door middel van een kafala.¹² Een derde mogelijkheid voor de moeder is om haar kind in het geheim via een tussenpersoon te verkopen aan een persoon die het kind wenst te adopteren. De praktijk leert ons echter dat veel van deze kinderen in werkelijkheid het slachtoffer worden van de organenhandel, de prostitutie of het pedofielenetwerk.¹³ Een vierde optie voor de moeder van een kind in Algerije is om anoniem van het kind te bevallen en dat kind daarna ter beschikking te stellen van de maatschappelijk werkers die vervolgens de nodige stappen moeten ondernemen om het kind te laten opvangen in een weeshuis, met de bedoeling om het na verloop van tijd onder kafala te laten plaatsen. Deze vierde mogelijkheid bestaat echter niet in Marokko.

⁹ A. VAN MENSEL, “De afstamming in de landen van de maghreb”, *Afrika Focus* 1990, vol. 6, nr. 2, (119) 124, vn. 10.

¹⁰ A. VAN MENSEL, “De afstamming in de landen van de maghreb”, *Afrika Focus* 1990, vol. 6, nr. 2, (119) 128, vn. 20.

¹¹ X., “Abortus in de Arabische wereld”, www.thinglink.com/scene/672817802888871937: abortus is in Marokko, Algerije, Libië en Mauritanië slechts toegestaan wanneer de gezondheidstoestand van de moeder van het kind ernstig in gevaar is. Sinds een wetswijziging die dateert van mei 2015 is abortus in Marokko ook toegelaten in geval van verkrachting, incest of ernstige misvorming van de foetus.

¹² E. BARRAUD, “Adoption et kafala dans l’espace migratoire franco-maghrébin: la kafala multifonctionnelle”, *L’année du Maghreb* 2008, afl. 4, (459) vn. 10.

¹³ A. NAJIB, ‘Maroc : Les enfants nés sous X, l’omerta’, *La Gazette du Maroc*, 15 juni 2007, www.bladi.net/maroc-enfants.html.

B. Wettelijke verankering van het verbod tot adoptie in Marokko, Algerije, Libië en Mauritanië

14. Wat betreft Marokko, heeft de Marokkaanse wetgever in de Wet n° 70-03 inzake het familiewetboek bepaald dat een juridische afstammingsband slechts tot stand kan komen mits het kind werd verwekt door zijn ouders (via geslachtsgemeenschap).¹⁴ Er moet dus sprake zijn van een bloedband tussen de echtgenoot-ouder enerzijds en het kind anderzijds. Dit heeft tot gevolg dat er in Marokko geen juridische afstammingsband tot stand kan komen in geval van een adoptie, aangezien het rechtsinstituut van de adoptie precies tot doel heeft tegemoet te komen aan de afwezigheid van een juridische afstammingsband tussen het geadopteerde kind enerzijds en zijn biologische ouders anderzijds op basis van een bloedband. Het artikel 149 van diezelfde wet stelt vervolgens ook uitdrukkelijk dat het rechtsinstituut van de adoptie nietig is en dat een adoptie geen juridische afstammingsband tot stand brengt tussen het geadopteerde kind en de adoptant noch een recht op erfopvolging.

15. Het Algerijnse Familiewetboek bepaalt dat een juridische afstammingsband in Algerije slechts kan ontstaan in het kader van een wettig aangegaan huwelijk en in geval de mogelijkheid bestaat tot het hebben van geslachtsgemeenschap tussen de echtgenoten.¹⁵ Net zoals het geval is in Marokko, duidt ook de Algerijnse wetgever dus op de noodzaak van het bestaan van een bloedband tussen het kind en de echtgenoot-ouder opdat er sprake zou kunnen zijn van een juridische afstammingsband. Gelet op het feit dat er geen bloedband bestaat tussen het geadopteerde kind en de adoptant, heeft dit tot gevolg dat een adoptie geen juridische afstammingsband kan creëren. Het Algerijnse Familiewetboek stelt verder in haar artikel 46 ook uitdrukkelijk dat het rechtsinstituut van de adoptie wettelijk verboden is en verwijst hierbij naar de Sharia die op haar beurt is gebaseerd op de Koran die het rechtsinstituut van de adoptie verbiedt.

¹⁴ Art. 142 Loi n° 70-03 (MAR) 3 februari 2004 portant Code de la Famille, Dahi n° 1-04-22 du 12 hija 1424, *Bulletin Officiel* n° 5358 6 oktober 2005, www.amb-maroc.fr/documents/moudawana.pdf.

¹⁵ Art. 41 Loi n° 84-11 (DZA) 9 juni 1984 portant Code de la Famille, *Journal Officiel* n° 24 12 juni 1984.

16. Het artikel 53 van het Libische Wetboek inzake het personeel statuut bepaalt dat een juridische afstammingsband tussen een ouder en een kind in Libië in beginsel slechts kan worden vastgesteld indien het kind werd geboren binnen een door de echtgenoten wettig aangegaan huwelijk en in geval de mogelijkheid bestaat tot het hebben van geslachtsgemeenschap tussen de echtgenoten.¹⁶ Net zoals het geval is in Marokko en in Algerije, dient er ook in Libië sprake te zijn van het bestaan van een bloedband opdat een juridische afstammingsband zou kunnen worden vastgesteld tussen het kind en de echtgenoot-ouder. Aangezien er geen bloedband bestaat tussen het geadopteerde kind en de adoptant, kan uit dit artikel impliciet worden afgeleid dat een adoptie geen juridische afstammingsband doet ontstaan. Adoptie is in Libië dan ook niet toegestaan.¹⁷

17. Het rechtsinstituut van de adoptie is tot slot ook in Mauritanië bij wet verboden. De Wet n° 2001-052 van 19 juli 2001 betreffende het wetboek inzake het personeel statuut bepaalt immers dat een juridische afstammingsband slechts tot stand kan komen indien de biologische ouders van het kind een wettig huwelijk zijn aangegaan, er een mogelijkheid bestaat tot het hebben van geslachtsgemeenschap en wanneer er niet werd verzaakt aan de vaststelling van het vaderschap op een legale wijze.¹⁸ De Mauritaanse wetgever stelt in het artikel 72 van diezelfde wet bovendien dat het rechtsinstituut van de adoptie in Mauritanië geen enkele juridische waarde heeft noch enig gevolg op het vlak van afstamming met zich meebrengt, zoals een recht op erfopvolging.

18. Gelet op het verbod tot adoptie in Marokko, Algerije, Libië en Mauritanië, hebben deze landen het Haags Adoptieverdrag¹⁹ dan ook niet geratificeerd.

Dit heeft tot gevolg dat er in België sinds het begin van de metingen op 1 september 2005 geen rechtstreekse adopties van kinderen afkomstig uit deze landen hebben plaatsgevonden.²⁰

¹⁶ REUNITE INTERNATIONAL, “Libye”, 2005, www.reunite.org/edit/files/Islamic%20Resource/Libya%20Text.pdf, 3.

¹⁷ J.-J. CHOULOT en H. DIRIBARNE-SOMERS, *Le guide de l'adoption*, Parijs, Odile Jacob, 2007, 97; M. TRAVERSINI, “Adoption internationale”, 2012, www.juritravail.com/Actualite/adoption-simple-pleniere/Id/16217.

¹⁸ Art. 59 Loi n° 2001-0052 (MRT) 19 juli 2001 portant Code du Statut Personnel, *Journal Officiel de la Republique Islamique de Mauritanie n° 1004* 15 augustus 2001, www.refworld.org/docid/3fc7652f2.html.

¹⁹ Verdrag van Den Haag inzake de internationale samenwerking en de bescherming van kinderen op het gebied van de interlandelijke adoptie van 29 mei 1993, *Hague Conference on Private International Law*, <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=69>.

Wat betreft Marokko, zijn er in België de voorbije jaren wel al meer dan honderd Marokkaanse kinderen onrechtstreeks geadopteerd door middel van een omzetting van een kafala-akte in een adoptie.²¹

19. Het gebrek aan adoptiewetgeving in Marokko, Algerije, Libië en Mauritanië vindt zijn oorsprong in de Koran die, weliswaar impliciet, stelt dat adoptie niet is toegestaan. Volgens vers 4 van de Soera 33 kunnen geadopteerde kinderen niet worden beschouwd als zijnde ‘echte’ (lees: biologische) kinderen. Zij hebben volgens de rechtsleer bijgevolg geen recht op erfopvolging in hun adoptieve familie. Geadopteerde kinderen moeten overeenkomstig vers 5 van de Soera 33 bovendien de naam van hun biologische vader blijven dragen indien zij opgenomen worden in een ander gezin. Tot slot schaft vers 37 van de Soera 33 de huwelijksbeletsen in geval van adoptie af. Dit laatste heeft tot gevolg dat een geadopteerd kind volgens de Koran probleemloos kan trouwen met zijn adoptant, aangezien er geen sprake is van een juridische afstammingsband. Een historisch voorbeeld hiervan is volgens het geloof van de islam het verhaal van de goddelijke openbaring van de engel Gabriël aan de profeet Mohammed die op een gegeven ogenblik in zijn leven trouwde met de vrouw van zijn geadopteerde zoon Zayd, Zaynab, nadat Zayd haar verstoten had.²² Koran-commentatoren en klassieke islamitische rechtsgeleerden menen uit de voormelde verzen van de Koran te kunnen afleiden dat de Koran het rechtsinstituut van de adoptie verbiedt of toch minstens verbiedt juridische gevolgen te koppelen aan een adoptie.²³

20. Het feit dat sommigen menen dat de Koran het rechtsinstituut van de adoptie verbiedt of toch minstens verbiedt juridische gevolgen te koppelen aan een adoptie heeft ertoe geleid dat het in de meeste islamitische landen, zoals Algerije, Libië, Mauritanië en Marokko waar de kafala een juridisch alternatief vormt voor een adoptie, ook juridisch onmogelijk is om een kind te adopteren. Dit is wel mogelijk in de Belgische wetgeving waar het stelsel van de gewone adoptie en dat van de volle adoptie zijn geregeld in de artikelen 343 – 356-4 BW.

²⁰ FEDERALE OVERHEIDSDIENST JUSTITIE, “Adoptie: globale statistieken”, http://justitie.belgium.be/nl/themas_en_dossiers/kinderen_en_jongeren/adoptie/statistieken/globale_statistieken (consultatie 20 maart 2016).

²¹ V. BEEL, ‘Al 100 kinderen uit Marokko geadopteerd in Franstalig België: Marokkaanse adoptiezoon in de knel’, *De Standaard*, 28 september 2015, www.standaard.be/cnt/dmf20150927_01889960.

²² U. VERMEULEN, “De gezagsvoorzieningen in de Islam: adoptie en hoederecht”, www.verenigingrimo.nl/wp/wp-content/uploads/recht4_vermeulen.pdf, 5 – 6.

²³ E. BARRAUD, “Adoption et kafala dans l’espace migratoire franco-maghrébin: l’islam prohibe l’adoption”, *L’année du Maghreb* 2008, afl. 4, (459) vn. 4.

In tegenstelling tot bijvoorbeeld het Belgische en het Franse rechtssysteem, maakt het islamitische recht geen onderscheid tussen een gewone adoptie en een volle adoptie. Dit heeft tot gevolg dat de islamitische landen zowel een gewone adoptie als een volle adoptie verbieden of toch minstens verbieden juridische gevolgen te koppelen aan zowel een gewone adoptie als een volle adoptie.

C. Wettelijke verankering van de adoptie in Tunesië

21. De Tunesische wetgever heeft in de artikelen 8 – 17 van de Tunesische Wet n° 1958-0027 van 4 maart 1958 betreffende de officiële voogdij, de officieuze voogdij en de adoptie de rechtsregels omtrent de adoptie beschreven.²⁴ Het artikel 15 van deze wet stelt dat het geadopteerde kind ten gevolge van de adoptie dezelfde rechten verkrijgt als de andere wettige (lees: biologische) kinderen van de adoptant, zoals de vaststelling van een juridische afstammingsband tussen het geadopteerde kind en de adoptant en het recht op erfopvolging. De Tunesische wetgever maakt, in tegenstelling tot het Belgische en het Franse rechtssysteem, geen onderscheid tussen een gewone adoptie en een volle adoptie. De adoptant moet in de praktijk wel de Tunesische nationaliteit hebben, leven in Tunesië of in het buitenland en dezelfde geloofsovertuiging hebben als het geadopteerde kind, namelijk het islamitische geloof.²⁵

22. Barraud leidt uit de aanvaarding van het rechtsinstituut van de adoptie in Tunesië af dat de Tunesische wetgever de voorkeur heeft gegeven aan de bescherming van een kind zonder familie boven de historisch (en wettelijk) verankerde visie dat het begrip ‘familie’ moet gegrond zijn op een huwelijk tussen een man en een vrouw waaruit vervolgens kinderen worden geboren en er aldus een bloedband dient te bestaan tussen het kind en zijn juridische ouders.²⁶

²⁴ Art. 15 Loi n° 1958-0027 (TUN) 4 maart 1958 relative à la tutelle publique, à la tutelle officieuse et à l'adoption, *Journal Officiel de la République Tunisienne* 7 maart 1958.

²⁵ SSI/CIR, “Fiche de formation n° 50: cas particulier: la kafala”, 2007, www.iss-ssi.org/2009/assets/files/thematic-facts-sheet/fra/50.Kafala%20fra.pdf, 2.

²⁶ E. BARRAUD, “Adoption et kafala dans l'espace migratoire franco-maghrébin: protéger la famille de l'adoption, protéger l'enfant sans famille par l'adoption”, *L'année du Maghreb* 2008, afl. 4, (459) vn. 6.

23. Er zijn sinds 1 september 2005 dertien adoptieaanvragen van een kind met de Tunesische nationaliteit aan de Belgische autoriteiten gericht, waarvan er in totaal negen werden toegekend.²⁷

2.2.2. Intrafamiliale kafala

24. Het rechtsinstituut van de kafala wordt volgens Barraud in de tweede plaats ook gehanteerd in situaties waarin er geen sprake is van een verlaten kind.²⁸ Het gaat in zo een geval om een kafala binnen de familiale sfeer waarbij het kind vanaf de geboorte wordt toevertrouwd aan een verwant familielid. Een intrafamiliale kafala is vooreerst een manier om een kind dat geboren is in een Maghreb-land te laten immigreren naar het buitenland, bijvoorbeeld Frankrijk, waar reeds een verwant familielid van het kind is gevestigd. Door gebruik te maken van een intrafamiliale kafala kan het kind op die manier worden verzorgd, opgevoed en onderwezen in een land dat hem meer kansen biedt dan zijn herkomstland.

25. Een intrafamiliale kafala vormt in de tweede plaats ook een oplossing voor de situatie waarin de biologische ouders van het kind zelf niet of op een onvoldoende wijze de ouderlijke lasten op zich kunnen nemen. Er komt in zo een geval vaak een intrafamiliale kafala tot stand tussen het kind en zijn grootouders.

26. Naast het gegeven dat een intrafamiliale kafala een oplossing kan betekenen voor zowel het kind zelf dat op die manier betere kansen krijgt in het leven om zich te ontwikkelen als voor de biologische ouders van het kind die zelf niet in staat zijn om het kind in zijn levensbehoeften te voorzien, gebeurt een intrafamiliale kafala ook vaak ten voordele van de kafil. Een voorbeeld hiervan is de situatie waarin de grootouders een kleinkind onder kafala nemen om hen te helpen bij de zwakheden waarmee “personen van de derde leeftijd” vaak te maken krijgen.

²⁷ FEDERALE OVERHEIDSDIENST JUSTITIE, “Adoptie: globale statistieken”, 2016, http://justitie.belgium.be/nl/themas_en_dossiers/kinderen_en_jongeren/adoptie/statistieken/globale_statistieken (consultatie 20 maart 2016).

²⁸ E. BARRAUD, “Adoption et kafala dans l’espace migratoire franco-maghrébin: protéger la famille de l’adoption, protéger l’enfant sans famille par l’adoption”, *L’année du Maghreb* 2008, afl. 4, (459) vn. 17.

Barraud vermeldt in een andere bijdrage dat een intrafamiliale kafala vroeger in de praktijk tevens werd gebruikt om een persoon die onvruchtbaar was (en zijn gezin) een kind te geven dat afkomstig was van een familielid van de steriele persoon, op voorwaarde dat er geen sprake was van een plaatsing van het kind in het buitenland. Deze vorm van intrafamiliale kafala kwam voornamelijk tot uiting binnen de context van een zeer omvangrijke familie waarbij iedereen samenleefde in één huis en bijgevolg gezamenlijk het ouderlijk gezag uitoefende. Deze functie van een intrafamiliale kafala wordt volgens Barraud tegenwoordig echter niet meer gebruikt, omdat de kafil zich vandaag de dag wil kunnen gedragen als de exclusieve ouder van het kind zonder dat zijn ouderlijk gezag wordt beconcurrerd door de biologische ouders van de makfoul.²⁹

Barraud haalt in haar tweede bijdrage tot slot ook nog een vijfde functie van een intrafamiliale kafala aan. Het komt in de praktijk (jammer genoeg) soms voor dat een kafil de makfoul middels een intrafamiliale kafala in werkelijkheid inschakelt als huishoudelijke hulp, met instemming van de biologische ouders van het kind die daarvoor een vergoeding in de plaats krijgen. Het onder kafala geplaatste kind is in deze gevallen vaak het slachtoffer van allerhande mishandelingen. Het is van belang te onderstrepen dat deze vijfde functie van een intrafamiliale kafala onder geen enkel beding mag worden toegelaten.³⁰

2.3. WETTELIJKE VERANKERING VAN DE KAFALA IN HET NATIONAAL RECHT VAN DE MAGHREB-LANDEN

27. Wat betreft Marokko, staat het rechtsinstituut van de (gerechtelijke) kafala beschreven in de Wet n° 15-01 van 13 juni 2002 betreffende de tenlasteneming van verlaten kinderen.³¹

28. De Algerijnse wetgever heeft op zijn beurt de procedure van de kafala uitgewerkt in de artikelen 116 – 125 van het Familiewetboek.³²

²⁹ E. BARRAUD, “Les multiples usages sociaux de la Kafala en situation de migration: protection et non protection des mineurs recueillis”, *e-Migrinter* 2008, afl. 2, (133) 136.

³⁰ E. BARRAUD, “Les multiples usages sociaux de la Kafala en situation de migration: protection et non protection des mineurs recueillis”, *e-Migrinter* 2008, afl. 2, (133) 137.

³¹ Loi n°15-01 (MAR) 13 juni 2002 relative à la prise en charge (kafala) des enfants abandonnés, Dahi n°1.02.172 du 1er rebia II 1423, *Bulletin Officiel* n° 5036 15 september 2002.

³² Art. 116 – 125 Loi n° 84-11 (DZA) 9 juni 1984 portant Code de la Famille, *Journal Officiel* n° 24 12 juni 1984.

Er moet worden aangestipt dat het Algerijnse kafala-systeem, in tegenstelling tot het Marokkaanse kafala-systeem, voorrang geeft aan kandidaat-kafils die beschikken over de Algerijnse nationaliteit, zowel wanneer zij in Algerije hun verblijfplaats hebben als wanneer zij op een permanente wijze in het buitenland verblijven. De plaatsing onder kafala in het buitenland van een kind dat afkomstig is uit Algerije blijft in de praktijk echter zeer zeldzaam.³³

29. Ondanks het feit dat in Tunesië het rechtsinstituut van de adoptie is toegestaan³⁴, heeft de Tunesische wetgever in de artikelen 3 – 7 van de Wet n° 1958-0027 van 4 maart 1958 betreffende de officiële voogdij, de officieuze voogdij en de adoptie ook het rechtsinstituut van de kafala wettelijk verankerd.³⁵ Echter, Tunesiërs die in het buitenland verblijven maken in de praktijk quasi geen gebruik van het rechtsinstituut van de kafala, aangezien zij in het overgrote merendeel van de gevallen een Tunesisch kind wensen op te vangen met het oog op een adoptie en het voeren van een rechtstreekse adoptieprocedure dan ook veel minder omslachtig is dan de verkrijging van een kafala-akte die daarna in het buitenland nog moet omgezet worden in een adoptie.

30. Wat betreft Libië, staat het rechtsinstituut van de kafala algemeen beschreven in de Wet n° 10 van 1984 betreffende het wetboek inzake het personeel statuut.³⁶ Het rechtsinstituut van de kafala wordt vervolgens uitvoeriger uitgewerkt in een meer specifieke regelgeving, namelijk de ‘decision n° 453 of 1985 concerning the fosterage and the hosting ordinance’.³⁷

31. Wat betreft Mauritanië, werd het rechtsinstituut van de kafala vooralsnog niet uitdrukkelijk geregeld door de Mauritaanse wetgever. UNICEF haalde in een rapport van 2010 wel aan dat een ontwerpwet met betrekking tot de regeling van het rechtsinstituut van de kafala in de eerste fase zit om te worden goedgekeurd.³⁸

³³ SSI/CIR, “Fiche de formation n° 50: cas particulier: la kafala”, 2007, <http://www.iss-ssi.org/2009/assets/files/thematic-facts-sheet/fra/50.Kafala%20fra.pdf>, 2.

³⁴ *Supra* 9, nr. 21.

³⁵ Loi n° 1958-0027 (TUN) 4 maart 1958 relative à la tutelle publique, à la tutelle officieuse et à l'adoption, *Journal Officiel de la République Tunisienne* 7 maart 1958.

³⁶ D. ATIGHETCHI, *Islamic Bioethics: Problems and Perspectives*, Dordrecht, Springer, 2007, 139.

³⁷ COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD (UN), “Consideration of reports submitted by States parties under article 44 of the Convention: Libyan Arab Jamahiriya”, 2009, www.refworld.org/pdfid/51efa45d4.pdf, 24.

³⁸ UNICEF, “Unicef Annual Report for Mauritania”, 2010, www.unicef.org/about/annualreport/files/Mauritania_COAR_2010.pdf, 13.

Een rechtsgrond voor het bestaan van het rechtsinstituut van de kafala valt voorlopig enkel impliciet af te leiden uit de Wet n° 2001-052 van 19 juli 2001 betreffende het wetboek inzake het personeel statuut.³⁹ Het artikel 160 van deze wet stelt dat een persoon die, nadat hij daartoe werd gemachtigd door de rechtbank, instaat voor het levensonderhoud van een minderjarig en verlaten kind dat geen eigen vermogen bezit, dit vrijwillig engagement dient vol te houden tot wanneer dat kind in staat is zichzelf te onderhouden. Dit artikel kadert binnen de context van de ‘nafaqa’ die het engagement inhoudt van een persoon om een ander persoon te onderhouden. Het onderhoud omvat volgens de algemene bepaling die staat omschreven in het artikel 142 van de Wet n° 2001-052 van 19 juli 2001 betreffende het wetboek inzake het personeel statuut het materieelrechtelijk voorzien in levensmiddelen, kledij, huisvesting en alles wat wordt geacht noodzakelijk te zijn om te kunnen overleven.

Echter, Mauritanië laat niet toe dat een minderjarig Mauritaans kind bij wijze van een kafala wordt ondergebracht in het buitenland teneinde het verbod tot adoptie in Mauritanië te omzeilen, behalve wanneer het Mauritaanse kind daar zou beschikken over familieleden. Er is met andere woorden in beginsel enkel sprake van een nationale toepassing van het rechtsinstituut van de Mauritaanse kafala: het rechtsinstituut van de Mauritaanse kafala wordt in beginsel enkel toegepast op het grondgebied van Mauritanië. Dit heeft tot gevolg dat de plaatsing van een minderjarig Mauritaans kind door middel van de kafala in het buitenland slechts zeer zelden voorkomt.⁴⁰

2.4. WETTELIJKE VERANKERING VAN DE KAFALA IN HET INTERNATIONAAL RECHT

32. Het rechtsinstituut van de kafala is op internationaal vlak vooreerst terug te vinden in het Kinderrechtenverdrag⁴¹.

³⁹ Art. 160 Loi n° 2001-0052 (MRT) 19 juli 2001 portant Code du Statut Personnel, *Journal Officiel de la République Islamique de Mauritanie* n° 1004 15 augustus 2001, www.refworld.org/docid/3fc7652f2.html.

⁴⁰ SSI/CIR, “Fiche de formation n° 50: cas particulier: la kafala”, 2007, www.iss-ssi.org/2009/assets/files/thematic-facts-sheet/fra/50.Kafala%20fra.pdf, 2.

⁴¹ Verdrag van New York inzake de rechten van het kind van 20 november 1989, *United Nations Treaty Series*, vol. 1577, 3.

Het artikel 20, eerste en tweede lid van het Kinderrechtenverdrag legt aan de staten die partij zijn bij het verdrag de verplichting op om kinderen die blijvend of tijdelijk het leven in het gezin waartoe het behoort moeten missen of waarvan het niet in hun eigen belang is om nog langer in het gezin te verblijven, bijzondere bescherming te bieden en hen te voorzien van een gepaste alternatieve gezinsopvang. Bij de beoordeling hiervan, moet volgens het artikel 20, derde lid van het Kinderrechtenverdrag rekening worden gehouden met de opvoeding van het kind en met zijn culturele achtergrond. De Algemene Vergadering van de Verenigde Naties haalt in het artikel 20, derde lid van het Kinderrechtenverdrag uitdrukkelijk het rechtsinstituut van de kafala aan als kindbeschermingsmaatregel. Het Kinderrechtenverdrag werd ondertekend door alle landen ter wereld, met uitzondering van Zuid-Soedan en de Verenigde Staten.⁴²

33. Daarnaast vindt men het rechtsinstituut van de kafala ook terug in het Haags Kinderbeschermingsverdrag⁴³. Het artikel 3, e van het Haags Kinderbeschermingsverdrag stelt dat het rechtsinstituut van de kafala één van de maatregelen is die de autoriteiten van de bij het verdrag aangesloten staten waar het minderjarige kind zijn gewone verblijfplaats heeft, kunnen nemen ter bescherming van de persoon van het kind of van zijn eigendom. Het Haags Kinderbeschermingsverdrag is, sinds de recentelijke inwerkingtreding ervan in Italië op 1 januari 2016⁴⁴, van toepassing in onder meer alle EU-lidstaten. België had het Haags Kinderbeschermingsverdrag al ondertekend op 1 april 2003, maar heeft het verdrag pas onlangs geratificeerd op 28 mei 2014. Het Haags Kinderbeschermingsverdrag is uiteindelijk op 1 september 2014 in werking getreden in België.⁴⁵

De relevantie van de inwerkingtreding van het Haags Kinderbeschermingsverdrag in België komt in het punt 4.3 van deze masterproef nog aan bod waarin ik het zal hebben over de erkenning in België van een in het buitenland gewezen kafala-akte.

⁴² KINDERRECHTSWINKEL, “Algemene informatie over het kinderrechtenverdrag”, www.kinderrechtswinkel.be/index.php?ID=2394.

⁴³ Verdrag van Den Haag inzake de bevoegdheid, het toepasselijke recht, de erkenning, de tenuitvoerlegging en de samenwerking op het gebied van ouderlijke verantwoordelijkheid en maatregelen ter bescherming van kinderen van 19 oktober 1996, *Hague Conference on Private International Law*, www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=70.

⁴⁴ *Infra* 76, nr. 174.

⁴⁵ X., “Verdrag van 1996 over ouderlijke verantwoordelijkheid en kindbescherming in werking op 1 september 2014”, *T.Vreemd.* 2014, afl. 4, (451) 451.

34. De vermelding van het rechtsinstituut van de kafala in het artikel 20, derde lid van het Kinderrechtenverdrag en in het artikel 3, e van het Haags Kinderbeschermingsverdrag houdt de uitdrukkelijke erkenning in van het bestaan van het rechtsinstituut van de kafala door de internationale gemeenschap. Beide verdragen zijn bindende rechtsinstrumenten.

35. In tegenstelling tot de voormelde internationale verdragen, erkent het Haags Adoptieverdrag het rechtsinstituut van de kafala niet. Het artikel 2, tweede lid van het Haags Adoptieverdrag vereist immers voor de toepasselijkheid van datzelfde verdrag dat het ter discussie staande rechtsinstituut een permanente ouder-kind relatie (lees: een juridische afstammingsband) tot stand dient te brengen tussen de persoon of de familie die het kind opvangt enerzijds en het kind zelf anderzijds. In tegenstelling tot wat het geval is bij een adoptie⁴⁶, komt er in geval van een kafala geen enkele afstammingsband tot stand tussen de kafal en de makfoul. Het rechtsinstituut van de kafala valt bijgevolg niet onder het toepassingsgebied van het Haags Adoptieverdrag.⁴⁷

Het Haags Adoptieverdrag werd geratificeerd door onder meer alle EU-lidstaten, maar werd door geen enkel Maghreb-land ondertekend. Alle EU-lidstaten, waaronder België, Frankrijk, Italië, Spanje, Nederland en het Verenigd Koninkrijk, erkennen een in een Maghreb-land gewezen kafala-akte dan ook niet rechtstreeks als een adoptie. Zij beschouwen een kafala daarentegen eerder als een voogdij of in het beste geval als een plaatsing met het oog op een adoptie.⁴⁸ Ik kom er in de relevante hoofdstukken van deze masterproef op terug hoe de voormelde EU-lidstaten elk op hun manier omgaan met deze problematiek.

36. Ik zal in het punt 4.2.2 van deze masterproef de gelijkenissen en de verschillen tussen een gerechtelijke kafala en een adoptie enerzijds en tussen een gerechtelijke kafala en een pleegzorg, een voogdij of een pleegvoogdij anderzijds bespreken met de bedoeling om een duidelijk beeld te schetsen met welk rechtsinstituut in België de kafala het meest kan worden vergeleken.

⁴⁶ *Supra* 36, nrs. 84 – 85.

⁴⁷ R. DUCA, “Family reunification: the case of the muslim migrant children in Europe”, *Athens Journal of Social Sciences* 2014, (111) 114.

⁴⁸ EHRM 4 oktober 2012, nr. 43631/09, Harroudj/Frankrijk; J. MALINGREAU, *International kafala: a right for the child to enter and stay in the member states*, masterproef Europees Privaatrecht Universiteit Amsterdam, 2013, 6.

3. VOORWAARDEN, PROCEDURE, RECHTSGEVOLGEN EN EINDE VAN EEN GERECHTELIJKE KAFALA IN MAROKKO

3.1. WAAROM LIGT DE FOCUS OP MAROKKO?

37. De gepubliceerde rechtspraak omtrent de kafala laat zien dat de procedures die in België worden gevoerd teneinde een kafala-akte om te zetten in een adoptie telkens kinderen met de Marokkaanse nationaliteit betreffen. Er zijn daarentegen geen verzoeken terug te vinden tot omzetting van een Algerijnse, een Libische, een Mauritaanse of een Tunesische kafala-akte in een adoptie. Er kunnen ter verklaring hiervan meerdere redenen worden aangehaald.

38. Een eerste reden hiervoor is volgens mij het gegeven dat er nu eenmaal minder interesse is in België in de omzetting van een Algerijnse, een Libische, een Mauritaanse of een Tunesische kafala-akte in een adoptie. Er verblijven immers heel wat minder personen met een Algerijnse, een Libische, een Mauritaanse of een Tunesische migratieachtergrond in België dan personen met een Marokkaanse migratieachtergrond. Een tabel betreffende de migratieachtergrond van buitenlanders die in België verblijven⁴⁹, toont aan dat er zich op 1 januari 2015 51.449 personen met de Algerijnse nationaliteit, 406 personen met de Libische nationaliteit, 2.206 personen met de Mauritaanse nationaliteit en 39.617 personen met de Tunesische nationaliteit in België bevonden. Deze cijfers staan in schril contrast met het aantal personen met een Marokkaanse migratieachtergrond die op 1 januari 2015 in België verbleven, namelijk 468.687 personen. Dit verschil in migratieachtergronden heeft logischerwijze een invloed op het aantal verzoeken tot omzetting van een kafala-akte in een adoptie die worden gedaan door kandidaat-kafils met dezelfde nationaliteit als het kind dat zij wensen op te vangen.

39. Wat betreft Algerije, denk ik dat een tweede reden betrekking heeft op het gegeven dat het Algerijnse kafala-systeem voorrang geeft aan kandidaat-kafils, wonend in Algerije of in het buitenland, die beschikken over de Algerijnse nationaliteit.

⁴⁹ J. HERTOGEN, ‘Migratieachtergrond per nationaliteit en gewest in België 2015’, *De Wereld Morgen*, 4 september 2015, <http://community.dewereldmorgen.be/blog/janhertogen/2015/09/04/migratieachtergrond-per-nationaliteit-en-gewest-in-belgie-2015>.

Deze voorrangregel leidt ertoe dat de mogelijkheid tot verkrijging van een Algerijnse kafala-akte enkel openstaat voor personen met de Algerijnse nationaliteit die verblijven in België, maar niet voor personen met de Belgische nationaliteit. Gelet op het feit dat er op 1 januari 2015 ‘slechts’ 51.449 personen met een Algerijnse migratieachtergrond in België verbleven, blijft de interesse in de omzetting van een Algerijnse kafala-akte in een adoptie dus beperkt.

40. Wat betreft Mauritanië, is een derde reden waarom er in de gepubliceerde Belgische rechtspraak geen gevallen gekend zijn van een verzoek tot omzetting van een Mauritaanse kafala-akte in een adoptie volgens mij het gegeven dat er in Mauritanië een principieel verbod tot internationale kafala geldt, tenzij wanneer het gaat om een intrafamiliale kafala.⁵⁰

41. Er is tot slot ook geen gepubliceerde Belgische rechtspraak voorhanden voor wat betreft een procedure tot omzetting van een Tunesische kafala-akte in een adoptie. Ik denk dat de belangrijkste reden hiervoor het bestaan is van de mogelijkheid voor Tunesiërs die in het buitenland verblijven om rechtstreeks een kind dat afkomstig is uit Tunesië te adopteren in plaats van eerst een kafala-akte te verkrijgen om daarna de omzetting ervan in een adoptie te vragen.⁵¹

42. Gelet op de voorgaande paragrafen, lijkt het mij aangewezen dat ik de procedure van de kafala in deze masterproef dan ook uitsluitend vanuit het Marokkaanse standpunt zal bespreken. Een uitvoerige bespreking van het rechtsinstituut van de kafala zoals deze bestaat in de verschillende Maghreb-landen zou mij te ver brengen van wat tot de kern van dit onderzoek behoort, namelijk de erkenning van een kafala-akte in België en de (on)mogelijkheid om die akte in België te laten omzetten in een adoptie, aangezien de vastgelegde kafala-procedure en de voorwaarden waaraan moet zijn voldaan opdat er sprake zou kunnen zijn van een kafala verschillen van land tot land. Een kleine illustratie hierbij is bijvoorbeeld het gegeven dat de toestemming van de biologische ouders tot de kafala, wanneer zij zijn gekend en nog in leven zijn, niet is vereist in geval van een Marokkaanse kafala, terwijl dit voor een Algerijnse en een Tunesische kafala wel het geval is.⁵²

⁵⁰ *Supra* 13, nr. 31.

⁵¹ *Supra* 12, nr. 29.

⁵² CICADE, “Droit de la famille des femmes françaises & maghrébines: la kafala algérienne”, 2015, www.cicade.org/wp-content/uploads/2015/07/La-kafala-alg%C3%A9rienne.pdf, 1.

Een ander voorbeeld is dat een alleenstaande man in Algerije, in tegenstelling tot wat het geval is in Marokko waar enkel een heteroseksueel getrouwd koppel of een alleenstaande vrouw als kafils kunnen optreden, wel probleemloos een kind onder kafala kan nemen.⁵³

3.2. WAAROM LIGT DE FOCUS OP EEN GERECHTELIJKE KAFALA?

43. Opdat een kind, afkomstig uit een land dat noch het rechtsinstituut van de adoptie noch de plaatsing van een kind met het oog op een adoptie kent, zoals Marokko, met het oog op een adoptie naar België zou kunnen komen, moet er onder meer zijn voldaan aan de voorwaarden die het artikel 361-5 BW stelt. Het kind dient onder andere, overeenkomstig het artikel 361-5, 2^o, c BW, hetzij geen ouders meer te hebben hetzij als verlaten te zijn verklaard en onder toezicht van de openbare overheid te zijn geplaatst (lees: het kind moet in een weeshuis verblijven⁵⁴). Een verklaring van verlatenheid in hoofde van het kind kan enkel worden uitgesproken door een rechterlijke instantie in het land waaruit het kind afkomstig is. Het is dus de gerechtelijke weg die in dit laatste geval verplicht wordt gevolgd en waarop enkel een gerechtelijke kafala-beslissing kan volgen.

Deze voorwaarde van een verklaring van verlatenheid in hoofde van de makfoul en het verblijf ervan in een weeshuis belet voor een adoptant de mogelijkheid om in België een kind te adopteren dat het voorwerp uitmaakt van een intrafamiliale kafala (waarbij de ouders van de makfoul dus gekend zijn) die tot stand komt middels een notariële akte die wordt opgemaakt in het bijzijn van twee adouls, met andere woorden een notariële kafala, tenzij het kind een volle wees is.⁵⁵ De ratio hiervan ligt in het feit dat er bij een intrafamiliale kafala geen sprake is van een in de steek gelaten kind, aangezien het kind net wordt opgevangen door familieleden van de ouders.⁵⁶

⁵³ CICADE, “Droit de la famille des femmes françaises & maghrébines: la kafala algérienne”, 2015, www.cicade.org/wp-content/uploads/2015/07/La-kafala-alg%C3%A9rienne.pdf, 1.

⁵⁴ AGENTSCHAP INTEGRATIE EN INBURGERING, “Ik heb een Kefala van Marokko, kan ik daarvan de erkenning als adoptie vragen in België?”, www.kruispuntmi.be/thema/vreemdelingenrecht-internationaal-privaatrecht/familiaal-ipr/interlandelijke-adoptie/vaak-gestelde-vragen-adoptie#1.

⁵⁵ B. BERTRAND, “Quelles nouvelles implications pour la procédure de kafala?”, *J.dr.jeun.* 2006, afl. 258, 21.

⁵⁶ E. BARRAUD, “Les multiples usages sociaux de la Kafala en situation de migration: protection et non protection des mineurs recueillis”, e-Migrinter 2008, afl. 2, (133) 133.

44. Gelet op de voorgaande paragraaf, kan een kind aldus slechts naar België komen met het oog op een adoptie wanneer de kafala-akte werd verkregen via de rechtbank, met andere woorden een gerechtelijke kafala, tenzij het een kind betreft waarvan beide ouders overleden zijn. Wanneer het kind een volle wees is, kan dus ook een notariële kafala-akte ingevolge het artikel 361-5, 2°, c BW worden erkend in België met het oog op een adoptie, althans theoretisch gezien toch.

Immers, wat betreft Marokko, is enkel het rechtsinstituut van de gerechtelijke kafala wettelijk geregeld, namelijk door de Marokkaanse Wet n° 15-01 van 13 juni 2002 betreffende de tenlasteneming van verlaten kinderen.⁵⁷ Een notariële kafala-akte daarentegen kenmerkt zich door de afwezigheid van enige rechterlijke controle en heeft slechts beperkte gevolgen: zij doet de rechten en de verplichtingen van de juridische ouders van het kind niet verdwijnen. Het ouderlijk gezag blijft bij een notariële kafala-akte met andere woorden toebehoren aan de juridische ouders van het kind en komt niet toe aan de kafil.⁵⁸

Omdat het rechtsinstituut van de gerechtelijke kafala, in tegenstelling tot dat van de notariële kafala, wel wettelijk geregeld is, biedt een kafala-akte verkregen via de rechtbank meer juridische garanties dan een notariële kafala-akte. Immers, de adouls, die de taak van notaris op zich nemen, beperken er zich bij de opmaak van een notariële kafala-akte toe om enkel de verklaringen van de partijen en de getuigenissen te acteren, zonder enige appreciatiebevoegdheid.⁵⁹ Er hoeft met andere woorden dus niet te worden bewezen dat een kind dat men onder kafala wenst te plaatsen, effectief wees is. Dit kan echter evident tot moeilijkheden leiden wanneer bijvoorbeeld een kafil die in België verblijft erin slaagt om een notariële kafala-akte om die reden te laten omzetten in een Belgische adoptie en enige tijd later aan het licht komt dat de biologische ouders van het kind alsnog in leven blijken te zijn en zij hun ouderlijke rechten wensen uit te oefenen over hun inmiddels geadopteerde kind.

⁵⁷ Rb. Charleroi 11 december 2008 (onuitg.); ADDE, “La kafala en droit marocain: une décision de kafala peut-elle être reconnue en Belgique?”, 2015, www.adde.be/ressources/fiches-pratiques/dip/la-kafala-en-droit-marocain#h13-une-decision-de-kafala-peut-elle-etre-reconnue-en-belgique.

⁵⁸ Brussel 22 april 2009 (onuitg.); Y. RABINEAU, “Le régime de la kafala au Maroc et ses conséquences au regard du droit français”, 2008, <http://jafbase.fr/docMaghreb/FichesRabineau/Kafala9.pdf>, 10; ADDE, “La kafala en droit marocain: une décision de kafala peut-elle être reconnue en Belgique?”, 2015, www.adde.be/ressources/fiches-pratiques/dip/la-kafala-en-droit-marocain#h13-une-decision-de-kafala-peut-elle-etre-reconnue-en-belgique.

⁵⁹ Brussel 22 april 2009 (onuitg.); ADDE, “La kafala en droit marocain: une décision de kafala peut-elle être reconnue en Belgique?”, 2015, www.adde.be/ressources/fiches-pratiques/dip/la-kafala-en-droit-marocain#h13-une-decision-de-kafala-peut-elle-etre-reconnue-en-belgique.

Dit alles heeft tot gevolg dat een gerechtelijke kafala-akte een veel grotere kans heeft om te worden erkend door de bevoegde autoriteiten in het buitenland, zoals in België, dan een notariële kafala-akte.⁶⁰ De autoriteiten in het buitenland, zoals de Dienst Vreemdelingenzaken, zullen zich immers eerder terughoudend opstellen bij de erkenning van een notariële kafala-akte. Het lijkt mij dan ook zinvol om mij er in deze masterproef toe te beperken enkel de voorwaarden voor de totstandkoming van een gerechtelijke kafala te bespreken.

3.3. VOORWAARDEN VAN EEN GERECHTELIJKE KAFALA

3.3.1. Welke kinderen kunnen het voorwerp uitmaken van een gerechtelijke kafala?

45. Het artikel 1 van de Marokkaanse Wet n° 15-01 van 13 juni 2002 betreffende de tenlasteneming van verlaten kinderen specificiert wat er moet worden verstaan onder het begrip ‘verlaten kind’. Het gaat om kinderen wiens ouders niet gekend zijn omdat het kind door hen werd achtergelaten, kinderen waarvan de vader niet gekend is en de moeder afstand heeft gedaan van het kind, weeskinderen, kinderen waarvan de ouders niet in staat zijn om te voorzien in hun behoeften of die niet beschikken over de wettelijke middelen van levensonderhoud en om kinderen waarvan de ouders hun verantwoordelijkheid van bescherming en sturing niet opnemen ten opzichte van het kind, zoals wanneer de ouders werden ontzet uit hun ouderlijke rechten.⁶¹

3.3.2. Verklaring van verlatenheid in hoofde van het kind

46. Alvorens de gerechtelijke kafala kan worden uitgesproken ten aanzien van een kind, dient dat kind verlaten te zijn verklaard door een rechtbank van eerste aanleg in Marokko. De Marokkaanse wetgever heeft de procedure hiertoe vastgelegd in de artikelen 3 – 8 van de Wet n° 15-01 van 13 juni 2002 betreffende de tenlasteneming van verlaten kinderen.

⁶⁰ Y. RABINEAU, “Le régime de la kafala au Maroc et ses conséquences au regard du droit français”, 2008, <http://jafbase.fr/docMaghreb/FichesRabineau/Kafala9.pdf>, 10; ADDE, “La kafala en droit marocain: une décision de kafala peut-elle être reconnue en Belgique?”, 2015, www.adde.be/ressources/fiches-pratiques/dip/la-kafala-en-droit-marocain#h13-une-decision-de-kafala-peut-elle-etre-reconnue-en-belgique.

⁶¹ KIND EN GEZIN, “Adoptie: herkomstlanden: Marokko”, www.kindengezin.be/img/roh-marokko.pdf.

47. Wanneer een verlaten kind wordt gevonden, moet de procureur des Konings in eerste instantie, overeenkomstig het artikel 9, derde lid van de Wet n° 15-01 van 13 juni 2002 betreffende de tenlasteneming van verlaten kinderen, de (tijdelijke) plaatsing ervan bevelen in bijvoorbeeld een weeshuis. Dat weeshuis moet beschikken over voldoende materiële middelen en inkomsten, sociaal geschikt zijn om een verlaten kind op te vangen en in staat zijn om dat kind op te voeden volgens het geloof van de islam. In geval dit nog niet mocht zijn gebeurd door bijvoorbeeld zijn ouders, moet de procureur des Konings bovendien de nodige stappen ondernemen om het kind te laten inschrijven in de registers van de burgerlijke stand.

48. Eenmaal het verlaten kind in een weeshuis is geplaatst en een binnenlandse plaatsing van het kind niet mogelijk blijkt te zijn, is het niet meer aan de procureur des Konings, maar aan het weeshuis zelf om een aanvraag tot verklaring van verlatenheid van het kind over te leggen aan de rechtbank van eerste aanleg van de plaats waar het weeshuis waar het kind dat men onder kafala wenst te plaatsen tijdelijk verblijft, is gelegen.⁶²

49. In geval de ouders van het kind niet zijn gekend, velt de rechtbank van eerste aanleg een vonnis alvorens recht te doen waarin de noodzakelijke identificatiegegevens van het kind zijn vervat en beveelt zij de procureur des Konings deze rechtelijke beslissing gedurende drie maanden te publiceren om de ouders van het kind ertoe aan te zetten zich alsnog kenbaar te maken.

50. Wanneer geen van de ouders uiteindelijk zijn ouderlijke rechten opeist, moet de rechtbank van eerste aanleg het verzoek tot verklaring van verlatenheid gegrond achten en het kind als zijnde verlaten verklaren. Het weeshuis dat zich ertoe heeft verbonden het kind tijdelijk op te vangen, blijft tot die opvang gehouden tot op het ogenblik dat het verlaten kind definitief onder kafala wordt geplaatst. Vanaf het ogenblik dat de rechtbank van eerste aanleg het verzoek tot verklaring van verlatenheid gegrond heeft geacht en het kind als zijnde verlaten heeft verklaard, kan het weeshuis waar het kind tijdelijk wordt opgevangen het kind toewijzen aan een kandidaat-kafil.

⁶² KIND EN GEZIN, “Adoptie: herkomstlanden: Marokko”, www.kindengezin.be/img/roh-marokko.pdf.

51. Het weeshuis bezorgt vervolgens een kindsvoorstel aan een buitenlandse adoptiedienst, zoals de Belgische adoptiedienst Ray of Hope, waartoe de kandidaat-kafil zich dient te wenden ter adoptie van een kind dat afkomstig is uit Marokko.⁶³ Na goedkeuring van de toewijzing door het multidisciplinaire team van de adoptiedienst en de Vlaamse Centrale Autoriteit inzake Adoptie wordt de kandidaat-kafil uitgenodigd om het kindsvoorstel te ontvangen. Het Vlaams Centrum voor Adoptie, een dienst binnen Kind en Gezin, treedt in de Vlaamse Gemeenschap op als de Vlaamse Centrale Autoriteit inzake Adoptie.⁶⁴ De kandidaat-kafil kan dat kindsvoorstel daarna al dan niet aanvaarden.⁶⁵

3.3.3. Voorwaarden waaraan een kandidaat-kafil moet voldoen

52. Het artikel 9 van de Wet n° 15-01 van 13 juni 2002 betreffende de tenlasteneming van verlaten kinderen bepaalt de voorwaarden waaraan de persoon of de familie die het verlaten kind wil opvangen, moet voldoen. Twee heteroseksuele personen die met elkaar getrouwd zijn of een alleenstaande vrouw die een kind wil(len) opvangen via een kafala dien(t)(en) aan verschillende voorwaarden te voldoen. Aangezien het homohuwelijk tot op de dag van vandaag niet is toegestaan in Marokko⁶⁶, kunnen twee personen van hetzelfde geslacht niet gezamenlijk een kafala-procedure opstarten.⁶⁷

53. Een kandidaat-kafil moet in de eerste plaats moslim zijn, ongeacht zijn nationaliteit en woonplaats. Een kandidaat-kafil dient dus niet noodzakelijk een Marokkaan te zijn noch woonachtig te zijn op het Marokkaanse grondgebied. De Marokkaanse minister van Justitie Mustapha Ramid heeft op 19 september 2012 echter de Circulaire n° 40 S/2 uitgevaardigd om de bevoegde instanties in Marokko ertoe aan te zetten geen kafala-akten meer te verlenen aan kandidaat-kafils die geen woonplaats hebben in Marokko.

⁶³ KIND EN GEZIN, “Adoptie: herkomstlanden: Marokko”, www.kindengezin.be/img/roh-marokko.pdf.

⁶⁴ KIND EN GEZIN, “Adoptie: het VCA en het Raadgevend Comité”, www.kindengezin.be/adoptie/over-vca/het-vca-en-raadgevend-comite/.

⁶⁵ *Vr. en Antw.* Senaat, Vr. nr. 5-1150, 7 november 2013 (F. TALHAOUI); KIND EN GEZIN, “Adoptie: herkomstlanden: Marokko”, www.kindengezin.be/img/roh-marokko.pdf.

⁶⁶ X., ‘Premier Marokko zegt opnieuw ’nee’ tegen homohuwelijk’, *Bladna.nl*, 18 februari 2016, www.bladna.nl/premier-marokko-homohuwelijk,13874.html.

⁶⁷ S. VANLOMMEL, ‘Alleen moslims mogen Marokkaanse kinderen adopteren’, *De Morgen*, 4 mei 2011, www.demorgen.be/buitenland/alleen-moslims-mogen-marokkaanse-kinderen-adopteren-b40399c3/.

De Marokkaanse minister van Justitie was immers de mening toegedaan dat er op onvoldoende wijze kon worden gecontroleerd of deze personen, eenmaal zij het Marokkaanse grondgebied hadden verlaten overeenkomstig het artikel 24 van de Wet n° 15-01 van 13 juni 2002 betreffende de tenlasteneming van verlaten kinderen, in hun thuisland wel bleven voldoen aan de voorwaarden gesteld in het artikel 9 van de Wet n° 15-01 van 13 juni 2002 betreffende de tenlasteneming van verlaten kinderen. Het betrof voornamelijk de morele en sociale geschiktheid van de kandidaat-kafil, de mogelijkheid van de kandidaat-kafil om te voorzien in de behoeften van het kind en de vereiste om het kind op te voeden volgens de gedragsregels van de islam. Het gebeurde volgens diezelfde minister immers in de praktijk vaak dat, eenmaal de makfoul het Marokkaanse grondgebied had verlaten, het kind in werkelijkheid christelijk werd opgevoed door zijn kafil.⁶⁸

De Marokkaanse minister van Justitie heeft bij wijze van een brief die dateert van 12 november 2012 verduidelijkt dat de Circulaire n° 40 S/2 enkel betrekking heeft op kandidaat-kafils die niet de Marokkaanse nationaliteit bezitten.⁶⁹ De bevoegde instanties in Marokko kunnen dus wel nog kafala-akten verlenen aan Marokkaanse kandidaat-kafils die geen woonplaats hebben in Marokko. De Circulaire n° 40 S/2 heeft geen kracht van wet, maar heeft de lopende kafala-procedures met niet-Marokkaanse kandidaat-kafils die niet woonachtig zijn op het Marokkaanse grondgebied wel drastisch vertraagd of zelfs geblokkeerd. Nieuwe kafala-procedures met niet-Marokkaanse kandidaat-kafils die niet woonachtig zijn op het Marokkaanse grondgebied worden (voorlopig) niet opgestart.⁷⁰

Wat betreft de voorwaarde dat de kandidaat-kafil moslim dient te zijn, worden kandidaat-kafils met de Marokkaanse nationaliteit geacht het geloof van de islam aan te hangen en dus te voldoen aan deze voorwaarde. Daarentegen, een kandidaat-kafil met een buitenlandse nationaliteit, zoals een Belg, moet een bewijs van bekering tot de islam kunnen voorleggen dat werd afgeleverd door het Marokkaanse consulaat van het land waaruit hij afkomstig is of door de Marokkaanse familierechtbank.

⁶⁸ KAFALA.FR, “Circulaire N° 40 S/2 Ministère de la Justice et des Libertés”, www.kafala.fr/la-kafala/circulaire; X, ‘Wat de Turken vragen, doen de Marokkanen’, *Katholiek Nieuwsblad*, 25 februari 2013, www.katholieknieuwsblad.nl/nieuws/wat-de-turken-vragen-doen-de-marokkanen.

⁶⁹ KAFALA.FR, “Confirmation: la circulaire ne concerne pas les MRE”, www.kafala.fr/la-kafala/circulaire.

⁷⁰ APAERK, “Guide pratique: quelles sont les démarches pour une kafala judiciaire au Maroc?”, 2015, www.apaerk.fr/docotheque/NON-ADHERENTS/apaerk_guide-demarches-maroc_juin-2.pdf, 8.

Een akte van bekering tot de islam die werd verstrekt door een moskee of door een imam buiten het Marokkaanse grondgebied is evenwel niet geldig.⁷¹ Het moet bovendien voldoende duidelijk zijn dat de bekering tot de islam destijds niet enkel en alleen is gebeurd om een gerechtelijke kafala-akte te verkrijgen met het oog op een adoptie in het buitenland.⁷² De beoordeling hiervan behoort tot het takenpakket van het weeshuis waar het kind tijdelijk wordt opgevangen.⁷³

54. In de tweede plaats moet de kandidaat-kafil de leeftijd van achttien jaar hebben bereikt, moreel en sociaal geschikt zijn om een kind op te vangen via een kafala en beschikken over voldoende financiële middelen om in de behoeften van het kind te voorzien.

55. Ten derde mogen het getrouwde koppel of de alleenstaande vrouw in het verleden niet zijn veroordeeld wegens een strafbaar feit ten overstaan van een kind. Zij mogen bovendien geen drager zijn van een besmettelijke ziekte.

56. Er mag tot slot geen juridisch geschil aanhangig zijn tussen de kandidaat-kafil enerzijds en de makfoul of zijn ouders anderzijds waardoor de belangen van het kind mogelijks in het gedrang zouden kunnen komen.

3.3.4. Toestemming van het verlaten kind

57. Het artikel 12 van de Wet n° 15-01 van 13 juni 2002 betreffende de tenlasteneming van verlaten kinderen stelt dat voor de totstandkoming van een kafala de toestemming van de makfoul is vereist vanaf het ogenblik dat hij de leeftijd van twaalf jaar heeft bereikt. Echter, de toestemming van het kind dat de leeftijd van twaalf jaar heeft bereikt is niet vereist wanneer de aanvrager van de kafala bijvoorbeeld het weeshuis zelf is of een andere sociale instelling van openbaar nut.

⁷¹ APAERK, “Guide pratique: quelles sont les démarches pour une kafala judiciaire au Maroc?”, 2015, www.apaerk.fr/docotheque/NON-ADHERENTS/apaerk_guide-demarches-maroc_juin-2.pdf, 8.

⁷² KIND EN GEZIN, “Adoptie: herkomstlanden: Marokko”, www.kindengezin.be/img/roh-marokko.pdf; RAY OF HOPE, “Landen: Marokko”, www.rayofhope.be/landen/marokko.

⁷³ S. VANLOMMEL, ‘Alleen moslims mogen Marokkaanse kinderen adopteren’, *De Morgen*, 4 mei 2011, www.demorgen.be/buitenland/alleen-moslims-mogen-marokkaanse-kinderen-adopteren-b40399c3/.

3.4. PROCEDURE VAN EEN GERECHTELIJKE KAFALA

58. De te volgen procedure om een kafala-akte te verkrijgen, is vastgelegd in de artikelen 14 – 18 van de Wet n° 15-01 van 13 juni 2002 betreffende de tenlasteneming van verlaten kinderen.

59. Een kafala-procedure moet aanhangig worden gemaakt bij de voogdijrechter van de plaats waar het weeshuis waar het kind dat men onder kafala wenst te plaatsen tijdelijk verblijft, is gelegen.⁷⁴ Dit kan gebeuren op verzoek van eenieder die het kind wenst op te vangen door middel van een kafala en voldoet aan de voorwaarden van het artikel 9 van diezelfde wet. In geval het kind tijdelijk in een Marokkaans weeshuis wordt opgevangen in afwachting van een plaatsing ervan onder kafala, is het aan dat weeshuis om de kafala-procedure aanhangig te maken bij de bevoegde voogdijrechter.⁷⁵

60. De voogdijrechter die bevoegd is om van het verzoek tot een kafala kennis te nemen, moet in eerste instantie het vonnis tot verklaring van verlatenheid opvragen bij de rechtbank van eerste aanleg die deze beslissing destijds heeft geveld. Vervolgens dient de voogdijrechter te onderzoeken of degene die om een kafala verzoekt, wel degelijk voldoet aan de voorwaarden die zijn vastgelegd in het artikel 9 van de Wet n° 15-01 van 13 juni 2002 betreffende de tenlasteneming van verlaten kinderen. Dat onderzoek wordt in de praktijk doorgaans gevoerd door de politie, een maatschappelijk werker van het weeshuis of van de rechtbank zelf, de diensten van de caïd, zijnde een soort van controleorgaan op het lokale niveau die wordt aangewezen door de Staat en toezicht moet houden op de openbare orde, en de lokale diensten van het ministerie van Islamitische Zaken. De gesprekken die met deze instanties moeten worden gevoerd, zijn ook de reden waarom de persoon of de familie die het kind wenst op te vangen door middel van een gerechtelijke kafala-akte in de praktijk minstens tijdelijk moet beschikken over een domicilieadres in de Marokkaanse stad waar het weeshuis waar het kind dat men onder kafala wenst te plaatsen voorlopig verblijft, is gelegen.⁷⁶

⁷⁴ APAERK, “Guide pratique: quelles sont les démarches pour une kafala judiciaire au Maroc?”, 2015, www.apaerk.fr/docotheque/NON-ADHERENTS/apaerk_guide-demarches-maroc_juin-2.pdf, 9.

⁷⁵ KIND EN GEZIN, “Adoptie: herkomstlanden: Marokko”, www.kindengezin.be/img/roh-marokko.pdf.

⁷⁶ APAERK, “Guide pratique: quelles sont les démarches pour une kafala judiciaire au Maroc?”, 2015, www.apaerk.fr/docotheque/NON-ADHERENTS/apaerk_guide-demarches-maroc_juin-2.pdf, 8.

61. De voogdijrechter spreekt de kafala uit indien hij door middel van de verrichte onderzoeken tot de vaststelling kan komen dat de persoon die om de kafala verzoekt daadwerkelijk voldoet aan de gestelde voorwaarden.⁷⁷ De procureur des Konings kan vervolgens binnen de vijftien dagen beroep aantekenen tegen die kafala-beslissing. In geval er door hem geen beroep wordt ingesteld tegen de beslissing van de voogdijrechter, vindt de uitvoering ervan plaats door de rechtbank van eerste aanleg binnen de vijftien dagen na de uitspraak. Dit betekent dat het kind binnen de vijftien dagen effectief moet worden opgevangen door zijn kafil. Er dient hiervan tot slot ook nog een proces-verbaal te worden opgemaakt door de rechtbank van eerste aanleg waarvan een kopie moet worden bezorgd aan de kafil.⁷⁸

De voogdijrechter dient volgens het artikel 21 van de Wet n° 15-01 van 13 juni 2002 betreffende de tenlasteneming van verlaten kinderen binnen één maand na de kafala-uitspraak een kopie van de uitspraak te bezorgen aan een ambtenaar van de burgerlijke stand om de kafala-uitspraak te doen vermelden in de marge van de geboorteakte van het kind dat onder kafala werd geplaatst.⁷⁹

3.5. RECHTSGEVOLGEN VAN EEN GERECHTELIJKE KAFALA

3.5.1. Geen juridische afstammingsband

62. Het artikel 2 van de Wet n° 15-01 van 13 juni 2002 betreffende de tenlasteneming van verlaten kinderen stelt dat er in geval van een kafala in geen enkel geval een juridische afstammingsband tot stand kan komen tussen de persoon of de familie die het kind opvangt en het kind zelf. De makfoul behoudt immers zijn oorspronkelijke afstammingsband, althans voor zover zijn oorspronkelijke familie gekend is. In geval de ouders van de makfoul niet gekend zijn, blijft er in hoofde van het kind een afwezigheid van afstammingsband bestaan.⁸⁰

⁷⁷ *Supra* 22 – 24, nrs. 52 – 56.

⁷⁸ Y. RABINEAU, “Le régime de la kafala au Maroc et ses conséquences au regard du droit français”, 2008, <http://jafbase.fr/docMaghreb/FichesRabineau/Kafala9.pdf>, 5.

⁷⁹ Art. 16, §8 Loi n° 37-99 (MAR) 3 oktober 2002 relative à l'état civil, Dahi n° 1-02-239 du 25 rejeb 1423, *Bulletin Officiel* n° 5054 7 november 2002, <http://adala.justice.gov.ma/production/legislation/fr/Nouveautes/Etat%20civil.pdf>.

⁸⁰ E. BARRAUD, “Adoption et kafala dans l'espace migratoire franco-maghrébin: la kafala multifonctionnelle”, *L'année du Maghreb* 2008, afl. 4, (459) vn. 16.

3.5.2. Geen recht op erfopvolging

63. Er kan op grond van het artikel 2 van de Wet n° 15-01 van 13 juni 2002 betreffende de tenlasteneming van verlaten kinderen geen recht op erfopvolging ontstaan tussen de persoon of de familie die het kind opvangt en het kind zelf ingevolge een kafala. Het artikel 23 van diezelfde wet stelt dat een kafil zijn makfoul wel kan bevoordeligen door middel van een schenking, een legaat, een tanzil of een aalmoes, maar met een beperking ten belope van één derde van het vermogen dat de kafil in Marokko bezit.⁸¹

3.5.3. Mogelijkheid tot naamsoverdracht

64. De procureur des Konings moet, zoals al vermeld, de geboorte van het kind aangeven aan een ambtenaar van de burgerlijke stand wanneer de beide ouders van het kind niet gekend zijn, bijvoorbeeld omdat het kind door zijn ouders werd achtergelaten onmiddellijk na de bevalling. Het kind verkrijgt van de ambtenaar van de burgerlijke stand in zo een geval een fictieve naam en voornaam.⁸² Het artikel 20 van diezelfde wet vervolgt dat, in geval het gaat om een verlaten kind wiens biologische vader niet gekend is dat nadien onder kafala wordt geplaatst, dat kind de naam van de kafil kan overnemen.⁸³ De toestemming van de biologische moeder tot de naamswijziging is wel vereist (in de vorm van een authentieke akte), in geval zij gekend is en nog leeft. Deze vrijwillige naamswijziging heeft geenszins de totstandkoming van een juridische afstammingsband van het kind met de kafil tot gevolg.⁸⁴ In geval de makfoul geen gebruik maakt van deze mogelijkheid tot vrijwillige naamswijziging, behoudt hij zijn oorspronkelijke naam.

⁸¹ APAERK, “Guide pratique: quelles sont les démarches pour une kafala judiciaire au Maroc?”, 2015, www.apaerk.fr/docotheque/NON-ADHERENTS/apaerk_guide-demarches-maroc_juin-2.pdf, 12.

⁸² Art. 16, §5 Loi n° 37-99 (MAR) 3 oktober 2002 relative à l'état civil, Dahi n° 1-02-239 du 25 rejeb 1423, *Bulletin Officiel* n° 5054 7 november 2002, <http://adala.justice.gov.ma/production/legislation/fr/Nouveautes/Etat%20civil.pdf>.

⁸³ APAERK, “Guide pratique: quelles sont les démarches pour une kafala judiciaire au Maroc?”, 2015, www.apaerk.fr/docotheque/NON-ADHERENTS/apaerk_guide-demarches-maroc_juin-2.pdf, 15 – 16.

⁸⁴ M. DUBOIS, “Kafala: conditions, conséquences, adoption et changement de nom”, 2013, www.legavox.fr/blog/mailys-dubois/kafala-conditions-consequences-adoption-changement-11722.htm#.VmczJWTqikp.

3.5.4. Toekenning van schadeloosstellingen en sociale uitkeringen

65. Het artikel 22, vierde streepje van de Wet n° 15-01 van 13 juni 2002 betreffende de tenlasteneming van verlaten kinderen stelt dat een kafil dezelfde vergoedingen en sociale uitkeringen ontvangt voor de makfoul als een ouder voor zijn kind.

3.5.5. Burgerrechtelijke aansprakelijkheid

66. Het artikel 22, vijfde streepje van de Wet n° 15-01 van 13 juni 2002 betreffende de tenlasteneming van verlaten kinderen stipuleert dat een kafil instaat voor de handelingen die de makfoul stelt. Het artikel 85 van het Wetboek inzake verbintenissen moet worden toegepast. Dit artikel bepaalt in zijn tweede lid dat een persoon die belast is met de verzorging van een ander persoon, zoals een kafil dat is voor zijn makfoul overeenkomstig het artikel 2 van de Wet n° 15-01 van 13 juni 2002 betreffende de tenlasteneming van verlaten kinderen, deze eerste persoon onder bepaalde voorwaarden burgerrechtelijk aansprakelijk is voor de handelingen die de tweede persoon stelt.⁸⁵

3.5.6. Overdracht van het ouderlijk gezag

67. De Wet n° 15-01 van 13 juni 2002 betreffende de tenlasteneming van verlaten kinderen bevat geen wetsartikel met betrekking tot het ouderlijk gezag over het kind dat wordt opgevangen via een gerechtelijke kafala. Echter, het is algemeen aanvaard dat een gerechtelijke kafala, in tegenstelling tot een notariële kafala⁸⁶, een overdracht van het ouderlijk gezag tot gevolg heeft in hoofde van de kafil.⁸⁷

⁸⁵ Art. 85, tweede lid Code des obligations et des contrats (MAR) 12 augustus 1913, Dahi du 9 ramadan 1331, tel que modifié par la loi n° 53-05 relative à l'échange électronique de données juridiques, *Bulletin Officiel* n° 6186 12 september 1913, http://lexinter.net/LOTWVers4/delits_et_quasi-delits.htm.

⁸⁶ *Supra* 19, nr. 44.

⁸⁷ Circulaire (FR) 22 oktober 2014 relative aux effets juridiques du recueil légal en France, *Bulletin Officiel du Ministère de la Justice* n° 2014-11 28 november 2014, www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/JUSC1416688C.pdf, 3; U. M. ASSIM en J. SLOTH-NIELSEN, "Islamic kafalah as an alternative care option for children deprived of a family environment", *African Human Rights Law Journal* 2014, (322) 329.

3.5.7. Toelating om het Marokkaanse grondgebied te verlaten

68. De kafil mag, overeenkomstig het artikel 24 van de Wet n° 15-01 van 13 juni 2002 betreffende de tenlasteneming van verlaten kinderen, de makfoul meenemen naar het buitenland om zich daar op een permanente wijze te vestigen. Dit is slechts mogelijk voor zover dit in het belang is van de betrokken partijen en de kafil hiertoe de toestemming heeft verkregen van de voogdijrechter.

69. De toestemming van de Marokkaanse voogdijrechter kan worden verkregen hetzij bij wijze van een afzonderlijk vonnis hetzij samen met het vonnis betreffende de toewijzing van de kafala, zoals dat in de Marokkaanse stad Oujda gebeurt.⁸⁸ De Marokkaanse voogdijrechter kan pas zijn toestemming verlenen aan de kafil en de makfoul om het Marokkaanse grondgebied te verlaten wanneer hij zich ervan heeft vergewist dat het kind wel degelijk toegang heeft tot het opvangland en er kan verblijven.⁸⁹

70. Een kopie van de toestemming van de voogdijrechter wordt verzonden naar het Marokkaanse consulaat van het land waar de kafil zich met de makfoul wil vestigen. Dit consulaat dient toezicht te houden op de goede uitvoering van de kafala en de Marokkaanse voogdijrechter op de hoogte te houden van de situatie van de makfoul. Het bevoegde consulaat kan de voogdijrechter in Marokko ook adviseren om maatregelen te nemen in het belang van de makfoul, zoals de annulering van de kafala. De Marokkaanse voogdijrechter is er op zijn beurt toe gemachtigd om alle maatregelen te nemen die nodig zijn voor de goede uitvoering van de kafala. De bevoegde rechter kan dit zowel op eigen initiatief doen als op verzoek van de procureur des Konings of elke belanghebbende partij.

⁸⁸ FEDERALE OVERHEIDSDIENST JUSTITIE, “Vademecum voor voogden van niet-begeleide minderjarige vreemdelingen”, 2007, http://justitie.belgium.be/sites/default/files/downloads/vade_mecum_tuteurs_2008_nl.pdf, 29.

⁸⁹ FEDERALE OVERHEIDSDIENST JUSTITIE, “Vademecum voor voogden van niet-begeleide minderjarige vreemdelingen”, 2007, http://justitie.belgium.be/sites/default/files/downloads/vade_mecum_tuteurs_2008_nl.pdf, 29.

71. Opdat de makfoul het Marokkaanse grondgebied zou kunnen verlaten en naar België zou kunnen komen, moet de makfoul beschikken over een Belgisch visum lang verblijf dat door de kafil kan worden aangevraagd op het Belgische consulaat in Marokko, in de aanwezigheid van de makfoul.⁹⁰ De kafil kan hierbij worden bijgestaan door zijn adoptiedienst ter plaatse.⁹¹ De kafil dient daarvoor ook al de nodige stappen te hebben ondernomen om een Marokkaans paspoort aan te vragen voor de makfoul.

3.6. EINDE VAN EEN GERECHTELIJKE KAFALA

72. De regels omtrent het einde van een gerechtelijke kafala zijn vastgelegd in de artikelen 25 – 29 van de Wet n° 15-01 van 13 juni 2002 betreffende de tenlasteneming van verlaten kinderen. Er kan omwille van verscheidene redenen een einde komen aan een gerechtelijke kafala.

73. Een gerechtelijke kafala stopt in de eerste plaats met uitwerking te hebben wanneer de makfoul meerderjarig wordt. Dit is in Marokko het geval wanneer het kind de leeftijd van achttien jaar heeft bereikt.⁹² In geval het kind een meisje betreft, komt er pas een einde aan de gerechtelijke kafala op het ogenblik dat zij trouwt, ook al is zij op dat ogenblik al meerderjarig geworden. De gerechtelijke kafala blijft ook voortduren tot na de meerderjarigheid van het kind in geval de makfoul gehandicapt is of niet in staat blijkt te zijn om zichzelf te onderhouden. Een gerechtelijke kafala stopt in de tweede plaats met uitwerking te hebben wanneer ofwel de makfoul zelf ofwel de kafil overlijdt. Ten derde wordt een gerechtelijke kafala beëindigd in geval de kafil onbekwaam wordt of in geval de bevoegde voogdijrechter tot de vaststelling komt dat een kafil zijn verplichtingen ten aanzien van zijn makfoul niet nakomt. De kafil kan in de vierde plaats ook zelf afstand doen van zijn verplichtingen die hem in het kader van een gerechtelijke kafala werden opgelegd. Tot slot kan er in de vijfde plaats een einde worden gesteld aan een gerechtelijke kafala wanneer dat in het belang zou zijn van de makfoul zelf.

⁹⁰ KIND EN GEZIN, “Adoptie: herkomstlanden: Marokko”, www.kindengezin.be/img/roh-marokko.pdf.

⁹¹ RAY OF HOPE, “Landen: Marokko”, www.rayofhope.be/landen/marokko.

⁹² Art. 209 Loi n° 70-03 (MAR) 3 februari 2004 portant Code de la Famille, Dahi n° 1-04-22 du 12 hijja 1424, *Bulletin Officiel* n° 5358 6 oktober 2005, www.amb-maroc.fr/documents/moudawana.pdf.

74. De bevoegde voogdijrechter is er tot slot ook toe gemachtigd om bepaalde maatregelen te nemen wanneer het huwelijk tussen de kafals ontbonden wordt. Hij kan hetzij de makfoul toevertrouwen aan één van beide (ex-)echtgenoten hetzij andere passende maatregelen nemen die in het belang zijn van het onder kafala geplaatste kind. Er moet in dit laatste geval, overeenkomstig het artikel 28 van de Wet n° 15-01 van 13 juni 2002 betreffende de tenlasteneming van verlaten kinderen, een voogd worden aangesteld. Het staat de makfoul daarna vrij om vanaf de leeftijd van vijftien jaar te kiezen bij wie hij wil verblijven overeenkomstig de Wet n° 70-03 betreffende het familiewetboek.⁹³

4. ERKENNING VAN EEN KAFALA-AKTE IN BELGIE

4.1. ERKENNINGSPROCEDURE IN HET ALGEMEEN

4.1.1. Erkenningsprocedure vóór de inwerkingtreding van het Haags Kinderbeschermingsverdrag

75. Vóór de inwerkingtreding van het Haags Kinderbeschermingsverdrag in België waren het artikel 22, §1 WIPR⁹⁴ en het artikel 27, §1 WIPR⁹⁵ van toepassing inzake de erkenning van een Maghrebijnse kafala-akte in België.⁹⁶

Er vond in België in beginsel een “de plano”-erkenning plaats van de in het buitenland gewezen kafala-akte.⁹⁷ Een “de plano”-erkenning betekent een erkenning van rechtswege door een bevoegde Belgische autoriteit, bijvoorbeeld door een ambtenaar van de burgerlijke stand of door de Dienst Vreemdelingenzaken, zonder rechterlijke tussenkomst.⁹⁸

⁹³ Art. 166, tweede lid Loi n° 70-03 (MAR) 3 februari 2004 portant Code de la Famille, Dahi n° 1-04-22 du 12 hija 1424, *Bulletin Officiel* n° 5358 6 oktober 2005, www.amb-maroc.fr/documents/moudawana.pdf.

⁹⁴ Het artikel 22, §1 WIPR is van toepassing inzake de erkenning van een gerechtelijke kafala-akte.

⁹⁵ Het artikel 27, §1 WIPR is van toepassing inzake de erkenning van een notariële kafala-akte.

⁹⁶ ADDE, “La kafala en droit marocain: une décision de kafala peut-elle être reconnue en Belgique?”, 2015, www.adde.be/ressources/fiches-pratiques/dip/la-kafala-en-droit-marocain#h13-une-decision-de-kafala-peut-elle-etre-reconnue-en-belgique.

⁹⁷ Art. 22, §1, tweede lid en artikel 27, §1, eerste lid WIPR.

⁹⁸ J. MARY, “Un pas en avant vers une protection internationale des enfants: l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 relative à la protection des enfants”, *Rev.not.b.* 2015, afl. 3098, (414) 435.

76. Wat betreft een gerechtelijke kafala-akte, stelt het artikel 22, §1, vierde lid WIPR dat een “de plano”-erkenning enkel kan plaatsvinden wanneer de rechterlijke beslissing voldoet aan de voorwaarden die zijn vermeld in het artikel 25, §1 WIPR. De belangrijkste voorwaarden voor een “de plano”-erkenning zijn: geen kennelijke onverenigbaarheid met de internationale openbare orde, geen schending van de rechten van verdediging, geen vatbaarheid meer voor een gewoon rechtsmiddel overeenkomstig het recht van de staat waar de rechterlijke beslissing werd gewezen en geen wetsontduiking.

Wat betreft een notariële kafala-akte, stipuleert het artikel 27, §1, eerste lid WIPR dat een erkenning van rechtswege van een akte slechts kan gebeuren wanneer de akte rechtsgeldig is overeenkomstig het krachtens het Wetboek Internationaal Privaatrecht toepasselijk recht, meer bepaald met inachtneming van wetsontduiking⁹⁹ en schending van de openbare orde¹⁰⁰. De notariële akte moet bovendien voldoen aan de voorwaarden die volgens het recht van de staat waar zij is opgesteld nodig zijn voor haar echtheid¹⁰¹, zoals een opmaak ervan in het bijzijn van twee adouls voor wat betreft de Marokkaanse kafala-akten¹⁰².

4.1.2. Erkenningsprocedure na de inwerkingtreding van het Haags Kinderbeschermingsverdrag

77. Het Haags Kinderbeschermingsverdrag is sinds 1 september 2014 van toepassing in de relatie tussen België en Marokko voor wat betreft de erkenning en de tenuitvoerlegging van allerhande kindbeschermingsmaatregelen, zoals de plaatsing onder kafala. Het verdrag werd door Marokko geratificeerd op 22 augustus 2002 en is daar al van toepassing sinds 1 december 2002.¹⁰³ Omdat het verdrag echter in België pas in werking is getreden op 1 september 2014¹⁰⁴, kan het verdrag nog maar sindsdien worden toegepast op de erkenning en de tenuitvoerlegging van kindbeschermingsmaatregelen in de relatie tussen België en Marokko.

⁹⁹ Art. 18 WIPR.

¹⁰⁰ Art. 21 WIPR.

¹⁰¹ Art. 27, §1, tweede lid WIPR.

¹⁰² *Supra* 18, nr. 43.

¹⁰³ Verdrag van Den Haag inzake de bevoegdheid, het toepasselijke recht, de erkenning, de tenuitvoerlegging en de samenwerking op het gebied van ouderlijke verantwoordelijkheid en maatregelen ter bescherming van kinderen van 19 oktober 1996: verdragsstaten, *Hague Conference on Private International Law*, www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=70.

¹⁰⁴ *Supra* 14, nr. 33.

78. Het Haags Kinderbeschermingsverdrag is daarentegen niet van toepassing in de relatie tussen België en de andere Maghreb-landen, aangezien Algerije, Tunesië, Libië en Mauritanië het verdrag (tot nog toe) niet hebben ondertekend.¹⁰⁵ Het artikel 22, §1 WIPR en het artikel 27, §1 WIPR blijven van toepassing op deze rechtsverhoudingen.¹⁰⁶

79. Het artikel 23, eerste lid van het Haags Kinderbeschermingsverdrag stipuleert dat een kindbeschermingsmaatregel die werd genomen door de autoriteiten van een verdragsluitende staat, zoals een kafala, in beginsel van rechtswege dient te worden erkend door de bevoegde autoriteiten van de andere verdragsluitende staten. Deze “de plano”-erkenning kan echter, overeenkomstig het artikel 23, tweede lid van het Haags Kinderbeschermingsverdrag, in bepaalde gevallen worden geweigerd. Het betreft hier, in tegenstelling tot wat het geval is bij het artikel 22, §1 WIPR en het artikel 27, §1 WIPR¹⁰⁷, een facultatieve erkenningsweigerings.¹⁰⁸

De erkenning van een in het buitenland genomen kindbeschermingsmaatregel kan onder meer worden geweigerd wanneer een bevoegde autoriteit van de aangezochte verdragsluitende staat van mening is dat het kind dat het voorwerp uitmaakt van de kindbeschermingsmaatregel, in het kader van een rechterlijke of administratieve procedure, niet in de mogelijkheid werd gesteld te worden gehoord, zulks met schending van de fundamentele beginselen van het procesrecht van de aangezochte verdragsluitende staat. Dit is ook het geval wanneer een persoon beweert dat de kindbeschermingsmaatregel een inbreuk uitmaakt op zijn ouderlijke verantwoordelijkheid indien hij niet in de mogelijkheid werd gesteld hierover te worden gehoord.

¹⁰⁵ J. TUGAULT-LAFLEUR, *Analyse comparative des conceptions de l'enfant et des institutions de l'adoption dans le monde arabo-musulman et en Occident : une réconciliation est-elle possible?*, masterproef Rechten Universiteit Montréal, 2011, 62.

¹⁰⁶ J. MARY, “Un pas en avant vers une protection internationale des enfants: l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 relative à la protection des enfants”, *Rev.not.b.* 2015, afl. 3098, (414) 445.

¹⁰⁷ P. WAUTELET, “Le nouveau régime des décisions étrangères dans le code de droit international privé”, *P&B* 2004, afl. 5 – 6, (208) 213.

¹⁰⁸ D. VAN ITERSSEN, *Ouderlijke verantwoordelijkheid en kindbescherming*, Antwerpen, Maklu, 2011, 214; A. BORRAS, “The protection of the rights of children and the recognition of kafala” in VAN LOON, J. H. A. (ed.), *A Commitment to Private International Law. Essays in honour of Hans van Loon*, Cambridge, Intersentia, 2013, (77) 84.

De erkenning van een in het buitenland genomen kindbeschermingsmaatregel kan tevens geweigerd worden wanneer een bevoegde autoriteit van de aangezochte verdragsluitende staat meent dat de erkenning, gelet op het belang van het kind, kennelijk in strijd zou zijn met de openbare orde van de aangezochte verdragsluitende staat.

80. Een erkenningsweigering kan, op grond van het artikel 23, tweede lid van het Haags Kinderbeschermingsverdrag, evenzeer plaatsvinden indien de in het artikel 33 van het Haags Kinderbeschermingsverdrag vastgelegde procedure niet in acht werd genomen. Het artikel 33 van het Haags Kinderbeschermingsverdrag legt, in tegenstelling tot het Wetboek internationaal privaatrecht, een samenwerkingsverplichting op aan de verzoekende verdragsluitende staat en de aangezochte verdragsluitende staat. Er dient volgens dit artikel een specifieke consultatieprocedure in acht te worden genomen. Het artikel 33 van het Haags Kinderbeschermingsverdrag bepaalt in zijn eerste lid dat de bevoegde autoriteit van de verzoekende verdragsluitende staat, vooraleer zij een beslissing neemt omtrent een verzoek tot plaatsing van een kind onder kafala in een andere verdragsluitende staat, overleg dient te plegen met de Centrale Autoriteit of een andere bevoegde autoriteit van die aangezochte verdragsluitende staat. Wat betreft België, is de Centrale Autoriteit, overeenkomstig het artikel 1322terdecies Ger.W., de Federale Overheidsdienst Justitie.¹⁰⁹ De bevoegde autoriteit van de verzoekende verdragsluitende staat verstrekt daartoe een rapport over het kind, vergezeld van de redenen voor de voorgestelde plaatsing of zorg, aan de aangezochte verdragsluitende staat. De aangezochte verdragsluitende staat moet bovendien, overeenkomstig het artikel 33, tweede lid van het Haags Kinderbeschermingsverdrag, voorafgaand aan de beslissing tot plaatsing van het kind onder kafala door de verzoekende verdragsluitende staat in de aangezochte verdragsluitende staat met de plaatsing van het kind onder kafala hebben ingestemd. De aangezochte verdragsluitende staat dient bij de beoordeling hiervan rekening te houden met het belang van het kind.

4.2. ERKENNING VOOR DE INWERKINGTREDING VAN HET HAAGS KINDERBESCHERMINGSVERDRAG

4.2.1. Probleemstelling

¹⁰⁹ J. MARY, “Un pas en avant vers une protection internationale des enfants: l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 relative à la protection des enfants”, *Rev.not.b.* 2015, afl. 3098, (414) 437.

81. Een “de plano”-erkenning overeenkomstig het artikel 22, §1 WIPR of het artikel 27, §1 WIPR door een bevoegde Belgische autoriteit, zoals de Dienst Vreemdelingenzaken in verband met de verkrijging van een Belgisch visum, heeft als grootste nadeel dat deze erkenning niet bindend is voor andere bevoegde Belgische autoriteiten, zoals voor een rechtelijke instantie of voor een ambtenaar van de burgerlijke stand. Het was vóór de inwerkingtreding van het Haags Kinderbeschermingsverdrag dus perfect mogelijk dat een kafala-akte werd erkend door de ene autoriteit, maar een andere autoriteit de kafala-akte op haar beurt weigerde te erkennen, bijvoorbeeld omdat zij meende dat de erkenning van een kafala-akte in strijd was met de openbare orde.

En in geval een bevoegde Belgische autoriteit toch overging tot de erkenning van een kafala-akte, stelden er zich problemen omtrent de kwalificatie en de erkenning van de juridische gevolgen van een kafala in de Belgische rechtsorde. De bevoegde Belgische autoriteiten wisten immers niet met welk rechtsinstituut dat in België gekend is zij het rechtsinstituut van de kafala konden gelijkstellen, net omdat het rechtsinstituut van de kafala in België niet bestaat. Deze kwalificatie was nochtans van groot belang, aangezien de verschillende mogelijke rechtsinstituten waarmee een kafala-akte mogelijk kon worden gelijkgesteld, namelijk de adoptie, de voogdij, de pleegvoogdij en de pleegzorg, uiteenlopende rechtsgevolgen met zich meebrengen, zoals ik in het punt 4.2.2 van deze masterproef zal aantonen. Dit gebrek aan uniformiteit in de Belgische rechtsorde leidde er dus toe dat een beslissing tot erkenning van een kafala-akte in België en haar rechtsgevolgen van autoriteit tot autoriteit konden verschillen, wat de rechtszekerheid van de burger natuurlijk allesbehalve ten goede kwam.

82. De ratificatie van het Haags Kinderbeschermingsverdrag en zijn inwerkingtreding in België moesten een einde maken aan deze rechtsonzekerheid. De ratificatie van het Haags Kinderbeschermingsverdrag, met in zijn artikel 3, e) begrepen het rechtsinstituut van de kafala, bracht immers de erkenning van de kafala door de bevoegde Belgische autoriteiten als een op zichzelf staand rechtsinstituut met zich mee en moest met zijn artikel 33 de basis vormen voor de invoering van een specifiek beschermingsstatuut voor makfouls die niet naar België zijn gekomen met het oog op een adoptie of van wie de kafala-akte niet kan worden omgezet in een adoptie. De vraag rijst hoe en of de inwerkingtreding van dit verdrag het probleem van de erkenning van een kafala-akte in België nu ook daadwerkelijk heeft opgelost. Ik kom hier in het punt 4.3 van deze masterproef op terug.

4.2.2. Onderscheid adoptie – voogdij – pleegvoogdij – pleegzorg en vergelijking met de Marokkaanse gerechtelijke kafala

A. Adoptie¹¹⁰

a. Duiding van het begrip ‘adoptie’

83. Een adoptie kan worden gedefinieerd als de wettige aanname van iemand als kind, hoewel deze persoon geen biologisch kind is van degene die het kind aanneemt. Er moet een onderscheid worden gemaakt tussen een gewone adoptie enerzijds en een volle adoptie anderzijds.

84. In geval van een gewone adoptie krijgt het geadopteerde kind dezelfde rechten en plichten als was het geboren uit de adoptieouder. Er wordt bij een gewone adoptie enkel een juridische band gecreëerd tussen het geadopteerde kind en zijn adoptant en dus niet tussen het geadopteerde kind en de andere adoptieve familieleden. De juridische band tussen het geadopteerde kind en zijn oorspronkelijke familie blijft verder behouden.

85. Een volle adoptie creëert tussen het geadopteerde kind en zijn adoptant dezelfde juridische band als bij een gewone adoptie. Er komt, in tegenstelling tot wat het geval is bij een gewone adoptie, bovendien ook een juridische afstammingsband tot stand tussen het geadopteerde kind en de andere adoptieve familieleden. De juridische band tussen het geadopteerde kind en zijn oorspronkelijke familie wordt bij een volle adoptie wel volledig verbroken.

b. Vergelijking van de toegangs- en procedurevoorwaarden tussen een Marokkaanse gerechtelijke kafala en een adoptie

86. Een eerste onderscheid tussen een gerechtelijke kafala en een adoptie heeft betrekking op de minimumleeftijd van de kafil respectievelijk de adoptant.

¹¹⁰ S. LAFFINEUR, “La kafala de droit marocain et la nouvelle adoption belge en quête d’harmonie” in J. RENCHON, N. BAUGNIET, M. BEAGUE, S. LAFFINEUR, A. DEMANET, C. VAILLANT, H. CROKART, C. HEUKEMES, E. DEROUAUX, M. BEDORET en L. DIVE (eds.), *Les nouveaux aspects juridiques de l’adoption: quelques thématiques spécifiques*, Brussel, Larcier, 2009, (269) 300 – 304.

Terwijl een kafil de leeftijd van achttien jaar moet hebben om een kind te kunnen opvangen door middel van een gerechtelijke kafala-akte¹¹¹, moet een adoptant een minimumleeftijd hebben van vijftig jaar en bovendien minstens vijftien jaar ouder zijn dan het kind dat hij wenst te adopteren.¹¹²

87. Een tweede belangrijk onderscheid betreft eveneens het personeel toepassingsgebied van beide rechtsinstituten. In tegenstelling tot wat het geval is voor een gerechtelijke kafala¹¹³, staat een adoptie ook open voor homoseksuele getrouwde koppels, samenwonenden en alleenstaande mannen.¹¹⁴ ‘Samenwonenden’ zijn ofwel wettelijk samenwonenden ofwel twee personen die op het tijdstip van de indiening van het adoptieverzoek sinds ten minste drie jaar op een permanente en affectieve wijze samenwonen, voor zover zij niet door een band van bloedverwantschap zijn verbonden die leidt tot een absoluut huwelijksbeletsel, namelijk: bloedverwanten in de rechte opgaande en nederdalende lijn, broers, zussen en broer en zus.¹¹⁵ Een adoptie door een kandidaat-adoptant is volgens de Belgische wetgeving, in tegenstelling tot een gerechtelijke kafala¹¹⁶, bovendien niet afhankelijk van enige geloofsvorm.

88. Een derde onderscheid heeft betrekking op de toestemmingsvoorwaarden van beide rechtsinstituten. Net zoals het geval is voor een gerechtelijke kafala¹¹⁷, is de toestemming van een kind dat de leeftijd van twaalf jaar heeft bereikt in beginsel ook vereist in het kader van een adoptie.¹¹⁸ Echter, in tegenstelling tot bij een plaatsing onder gerechtelijke kafala, moet de ouder ten aanzien van wie de afstamming van het kind vaststaat ook zijn toestemming geven tot de adoptie, tenzij wanneer hij vermoedelijk afwezig is, geen gekende verblijfplaats heeft, in de onmogelijkheid verkeert zijn wil te kennen te geven of wilsonbekwaam is.¹¹⁹ De toestemming tot de adoptie kan, overeenkomstig het artikel 348-4, eerste lid BW, pas worden gegeven vanaf twee maanden na de geboorte van het kind.

¹¹¹ *Supra* 24, nr. 54.

¹¹² Art. 345, eerste lid BW.

¹¹³ *Supra* 22, nr. 52.

¹¹⁴ Art. 343, §1, a) BW.

¹¹⁵ Art. 343, §1, b) BW.

¹¹⁶ *Supra* 22, nr. 53.

¹¹⁷ *Supra* 24, nr. 57.

¹¹⁸ Art. 348-1, eerste lid BW.

¹¹⁹ Art. 348-3 BW.

Wanneer de afstamming van het kind niet vaststaat of wanneer de ouder wiens juridische afstammingsband met het kind vaststaat, overleden is, vermoedelijk afwezig is, geen gekende verblijfplaats heeft, in de onmogelijkheid verkeert zijn wil te kennen te geven of wilsonbekwaam is, moet de toestemming tot de adoptie worden gegeven door de voogd van het kind.¹²⁰

Wanneer de adoptant, één van de adoptanten of het geadopteerde kind gehuwd is en niet van tafel en bed is gescheiden of samenwoont op het ogenblik van het adoptieverzoek moet de echtgenoot of de persoon met wie de adoptant of het geadopteerde kind samenwoont ook in de adoptie toestemmen.¹²¹

89. Een vierde onderscheid betreft het gegeven dat er, in tegenstelling tot de Vlaamse Centrale Autoriteit inzake Adoptie (Vlaams Centrum voor Adoptie) die bevoegd is voor wat betreft de adopties die tot stand komen in de Vlaamse Gemeenschap, geen kafala-organisme bestaat in Marokko. Deze rol wordt in zekere zin vervuld door ziekenhuizen, centra en weeshuizen.

90. Een vijfde onderscheid is het gegeven dat een kafala-procedure eenvoudiger, goedkoper en sneller verloopt in vergelijking met een adoptieprocedure.¹²² Kandidaat-kafils dienen bovendien geen voorbereidingsprocedure te volgen om een kind op te vangen via een kafala. Kandidaat-adoptanten daarentegen moeten in het kader van een adoptieprocedure een voorbereidingsprogramma volgen waarin een uitgebreide uitleg wordt gegeven over adoptie.¹²³ Na de voorbereiding krijgen de kandidaat-adoptanten vervolgens een attest van voorbereiding dat één jaar geldig is. Dat attest van voorbereiding moet worden toegevoegd aan het verzoekschrift tot adoptie dat de kandidaat-adoptanten daarna kunnen neerleggen op de griffie van de familierechtbank om een geschiktheidsvonnis met het oog op een adoptie te verkrijgen.¹²⁴

¹²⁰ Art. 348-5, eerste lid BW.

¹²¹ Art. 348-2 BW.

¹²² U. M. ASSIM en J. SLOTH-NIELSEN, "Islamic kafalah as an alternative care option for children deprived of a family environment", *African Human Rights Law Journal* 2014, (322) 336.

¹²³ Art. 346-2, eerste lid BW en art. 361-1, tweede lid BW.

¹²⁴ KIND EN GEZIN, "Adoptie: procedure", www.kindengezin.be/adoptie/buitenlandse-adoptie/via-een-adoptiedienst/procedure/#Voorbereidingsessies-.

Zoals voorzien in het artikel 5, eerste lid van het decreet van 20 januari 2012 houdende regeling van de interlandelijke adoptie van kinderen, worden deze voorbereidingsessies uitsluitend verzorgd door de organisatie Steunpunt Adoptie vzw.¹²⁵

91. Een zesde onderscheid bestaat er tot slot in dat een adoptie, in tegenstelling tot wat het geval is voor een gerechtelijke kafala¹²⁶, niet kan worden geannuleerd.¹²⁷ Er is wel de mogelijkheid om een adoptie te herzien in geval van ontvoering of mensenhandel.¹²⁸ Wanneer het gaat om een gewone adoptie kan de adoptie ook nog om zeer gewichtige redenen worden herroepen.¹²⁹

c. Vergelijking van de rechtsgevolgen tussen een Marokkaanse gerechtelijke kafala en een gewone adoptie

92. Er bestaan op het vlak van de rechtsgevolgen een aantal belangrijke gelijkenissen tussen een gerechtelijke kafala en een gewone adoptie. Een eerste gelijkenis is het gegeven dat de juridische band tussen het kind en zijn oorspronkelijke familie bij beide rechtsinstituten blijft bestaan.¹³⁰ Echter, in tegenstelling tot wat het geval is bij een gerechtelijke kafala die helemaal geen juridische afstammingsband tot gevolg heeft tussen de makfoul en de kafil¹³¹, komt er in geval van een gewone adoptie wel een juridische afstammingsband tot stand tussen het geadopteerde kind en zijn adoptant.¹³²

93. Een tweede belangrijke gelijkenis betreft het gegeven dat het kind bij een gewone adoptie, net zoals het geval is bij een gerechtelijke kafala¹³³, zijn erfrecht behoudt in zijn oorspronkelijke familie.

¹²⁵ STEUNPUNT ADOPTIE VZW, “Info & voorbereiding”, www.steunpuntadoptie.be/nl/info-voorbereiding.

¹²⁶ *Supra* 29, nr. 70.

¹²⁷ Art. 349-3 BW.

¹²⁸ Art. 351, eerste lid BW.

¹²⁹ Art. 354-1, eerste lid BW.

¹³⁰ *Supra* 26, nr. 62 en *supra* 36, nr. 84.

¹³¹ *Supra* 26, nr. 62.

¹³² R. HEPS, “Art. 353-12 BW” in *Personen- en familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, I.I, *Personen*, 2013, afl. 73, (21) 22.

¹³³ *Supra* 27, nr. 63.

Echter, terwijl een makfoul ingevolge een gerechtelijke kafala in beginsel geen erfrecht verkrijgt in de nalatenschap van zijn kafil¹³⁴, zal het geadopteerde kind bij een gewone adoptie wel erven van zijn adoptant.

94. Net zoals bij een gerechtelijke kafala¹³⁵, is een adoptant in het kader van een gewone adoptie in de derde plaats ook burgerrechtelijk aansprakelijk voor de handelingen die de geadopteerde stelt.

95. Een gewone adoptie heeft in de vierde plaats, net zoals het geval is bij een gerechtelijke kafala¹³⁶, een overdracht van het ouderlijk gezag tot gevolg in hoofde van de adoptant, met inbegrip van het wettelijk genot, het recht om de ontvoogding te vorderen van de makfoul en het recht om toe te stemmen in zijn huwelijk.¹³⁷

96. Er bestaan daarnaast ook een aantal belangrijke verschillen tussen een gerechtelijke kafala en een gewone adoptie. De huwelijksbeletselen die zijn vervat in het artikel 353-13 BW zijn van toepassing op de adoptieve familie. De artikelen 161 – 164 BW blijven van toepassing op de oorspronkelijke familie. Er ontstaan daarentegen geen huwelijksbeletselen ten gevolge van een plaatsing onder kafala.¹³⁸

De verplichting tot het verstrekken van levensonderhoud is bij een gewone adoptie zowel van toepassing in de verhouding tussen het geadopteerde kind en zijn oorspronkelijke familie als in de verhouding tussen het geadopteerde kind en de adoptant, indien één van hen behoeftig is.¹³⁹ Dit is anders bij een gerechtelijke kafala waar de verplichting tot het verstrekken van levensonderhoud slechts bestaat in één richting, namelijk de kafil ten aanzien van zijn makfoul.¹⁴⁰

¹³⁴ *Supra* 27, nr. 63.

¹³⁵ *Supra* 28, nr. 66.

¹³⁶ *Supra* 28, nr. 67.

¹³⁷ Art. 353-8, eerste lid BW.

¹³⁸ U. M. ASSIM en J. SLOTH-NIELSEN, “Islamic kafalah as an alternative care option for children deprived of a family environment”, *African Human Rights Law Journal* 2014, (322) 332.

¹³⁹ Art. 353-14 BW.

¹⁴⁰ Art. 2 Loi n°15-01 (MAR) 13 juni 2002 relative à la prise en charge (kafala) des enfants abandonnés, Dahi n°1.02.172 du 1er rebia II 1423, *Bulletin Officiel n° 5036* 15 september 2002.

97. Een tweede onderscheid bestaat in het gegeven dat enkel in geval van overlijden van de adoptant of bij herroeping van de gewone adoptie om zeer gewichtige redenen de biologische ouders van het geadopteerde kind aan de familierechtbank kunnen vragen dat het kind opnieuw onder hun ouderlijk gezag wordt geplaatst.¹⁴¹ Deze mogelijkheid voor de biologische ouders lijkt mij ietwat ruimer te zijn geregeld bij een gerechtelijke kafala, waar de gerechtelijke kafala kan worden verbroken telkens wanneer de wederuitoefening van het ouderlijk gezag door de biologische ouders in het belang zou zijn van het kind.¹⁴²

98. Een derde onderscheid bestaat erin dat een gewone adoptie, in tegenstelling tot een gerechtelijke kafala¹⁴³, in beginsel levenslang duurt, tenzij wanneer zij herroepen wordt op grond van het artikel 354-1, eerste lid BW.

99. Een vierde onderscheid betreft het gegeven dat een wijziging van de voornaam, in tegenstelling tot wat het geval is bij een gerechtelijke kafala, wel mogelijk is in het kader van een gewone adoptie.¹⁴⁴ Het geadopteerde kind moet vanaf de leeftijd van twaalf jaar wel met deze wijziging instemmen. Wat betreft de naam, gebeurt een wijziging ervan niet automatisch bij een gerechtelijke kafala.¹⁴⁵ Dit is anders bij een gewone adoptie waar een wijziging van de naam wel automatisch gebeurt.¹⁴⁶

d. Vergelijking van de rechtsgevolgen tussen een Marokkaanse gerechtelijke kafala en een volle adoptie

100. Wanneer men de rechtsgevolgen van een gerechtelijke kafala gaat vergelijken met die van een volle adoptie blijken er, in tegenstelling tot wat het geval is bij een gewone adoptie, nauwelijks gelijkenissen te bestaan tussen beide rechtsinstituten. De enige noemenswaardige gelijkennis tussen een gerechtelijke kafala en een volle adoptie heeft betrekking op het ouderlijk gezag. Net zoals het geval is bij een gerechtelijke kafala¹⁴⁷, heeft een volle adoptie immers een overdracht van het ouderlijk gezag tot gevolg in hoofde van de adoptant.

¹⁴¹ Art. 353-10 BW en art. 354-2, eerste lid BW.

¹⁴² *Supra* 30, nr. 73.

¹⁴³ *Supra* 30, nr. 73.

¹⁴⁴ Art. 349-2 BW.

¹⁴⁵ *Supra* 27, nr. 64.

¹⁴⁶ Art. 353-1, eerste lid BW.

¹⁴⁷ *Supra* 28, nr. 67.

101. Een tweede gelijkenis betreft het gegeven dat een adoptant in het kader van een volle adoptie, net zoals het geval is bij een gerechtelijke kafala¹⁴⁸, ook burgerrechtelijk aansprakelijk is voor de handelingen die zijn geadopteerde stelt.

102. Er bestaan daarentegen wel heel wat verschillen tussen een gerechtelijke kafala en een volle adoptie. Er komt bij een volle adoptie in de eerste plaats, in tegenstelling tot wat het geval is bij een gerechtelijke kafala die helemaal geen juridische afstammingsband noch een recht op erfopvolging met zich meebrengt¹⁴⁹, een juridische band en een recht op erfopvolging tot stand tussen het geadopteerde kind en zijn volledige adoptieve familie.

103. Een tweede onderscheid heeft betrekking op de huwelijksbeletselen. Terwijl er geen huwelijksbeletselen ontstaan ten gevolge van een plaatsing onder kafala¹⁵⁰, bestaan er met betrekking tot de volle adoptie wel huwelijksbeletselen tussen het geadopteerde kind en de adoptieve familie.¹⁵¹ Het artikel 356-1, tweede lid BW stelt bovendien dat de huwelijksbeletselen, ondanks het gegeven dat het geadopteerde kind ophoudt te behoren tot de oorspronkelijke familie, tussen het geadopteerde kind en zijn oorspronkelijke familie blijven bestaan.

104. Een derde onderscheid situeert zich op het vlak van de verplichting tot het verstrekken van levensonderhoud. Er bestaat in het kader van een volle adoptie niet enkel een onderhoudsverplichting in hoofde van de adoptant ten aanzien van het kind, zoals het geval is bij een gerechtelijke kafala¹⁵², maar ook omgekeerd, indien één van hen behoeftig is.¹⁵³ De verplichting tot het verstrekken van levensonderhoud houdt op te bestaan tussen het geadopteerde kind en zijn oorspronkelijke familie.¹⁵⁴

105. Er dient in de vierde plaats te worden gewezen op het gegeven dat een volle adoptie, in tegenstelling tot wat het geval is bij een gerechtelijke kafala¹⁵⁵, onherroepelijk is en dus levenslang duurt.

¹⁴⁸ *Supra* 28, nr. 66.

¹⁴⁹ *Supra* 26 – 27, nrs. 62 – 63.

¹⁵⁰ *Supra* 40, nr. 96.

¹⁵¹ Art. 356-1, eerste lid BW.

¹⁵² *Supra* 94, nr. 42.

¹⁵³ Art. 356-1, eerste lid BW.

¹⁵⁴ Art. 356-1, tweede lid BW.

¹⁵⁵ *Supra* 30, nr. 73.

Dit heeft onder meer tot gevolg dat de biologische ouders van het geadopteerde kind, anders dan wat het geval is bij een gewone adoptie, niet meer beschikken over de mogelijkheid om op een later ogenblik opnieuw het ouderlijk gezag over het kind uit te oefenen.

106. Een vijfde onderscheid heeft betrekking op de (voor)naamsoverdracht. Een wijziging van de voornaam is bij een volle adoptie mogelijk onder dezelfde voorwaarden als bij een gewone adoptie, terwijl dit bij een gerechtelijke kafala niet mogelijk is¹⁵⁶. Dezelfde regels als bij de gewone adoptie zijn ook met betrekking tot de naam van toepassing bij een volle adoptie.¹⁵⁷

B. Voogdij¹⁵⁸

a. Duiding van het begrip ‘voogdij’

107. Een voogdij kan worden gedefinieerd als een burgerrechtelijke regeling die het ouderlijk gezag vervangt en die van toepassing is op minderjarige personen. Zij kan slechts worden uitgesproken in de gevallen bedoeld in het artikel 389, eerste lid BW.¹⁵⁹ De Belgische wetgever heeft het rechtsinstituut van de voogdij nader geregeld in de artikelen 389 – 420 BW.

De voogd staat in voor de zorg voor de persoon en het beheer van de goederen van het kind en verbindt zich ertoe het kind op te voeden in de lijn van wat de ouders van het kind belangrijk vinden.¹⁶⁰ Hij staat ook in voor de vertegenwoordiging van het kind in alle burgerrechtelijke handelingen. De voogd heeft eveneens het recht om fundamentele beslissingen te nemen met betrekking tot de persoon van het kind, bijvoorbeeld: filosofische, religieuze en ideologische opvoeding, taal, schoolkeuze, medische behandeling enzovoort.¹⁶¹

¹⁵⁶ *Supra* 41, nr. 99.

¹⁵⁷ Art. 356-2, eerste lid BW.

¹⁵⁸ S. LAFFINEUR, “La kafala de droit marocain et la nouvelle adoption belge en quête d’harmonie” in J. RENCHON e.a. (eds.), *Les nouveaux aspects juridiques de l’adoption: quelques thématiques spécifiques*, Brussel, Larcier, 2009, (269) 290 – 300.

¹⁵⁹ M. BERGHMANS, “Gewone voogdij: wanneer?”, 2009, www.jeugdrecht.be/?action=artikel_detail&artikel=166.

¹⁶⁰ VZW HOUVAST, “Kinderen na overlijden van een ouder”, 2004, www.houvast.be/tekst312_1.shtml.

¹⁶¹ X., “Ouders onbeschikbaar: (pleeg)voogdij?”, 2002 – 03, www.jeugdrecht.be/?action=artikel_detail&artikel=168.

b. Vergelijking van de toegangs- en procedurevoorwaarden tussen een Marokkaanse gerechtelijke kafala en een voogdij

108. Er is in de eerste plaats een belangrijke gelijkenis waar te nemen voor wat betreft de kinderen die onder elk van beide rechtsinstituten kunnen vallen. Net zoals het geval is bij de gerechtelijke kafala¹⁶², staat het rechtsinstituut van de voogdij enkel open voor kinderen waarvan beide ouders overleden zijn, wettelijk onbekend zijn, afwezig werden verklaard of worden vermoed te zijn, zelf verlengd minderjarig werden verklaard of in de feitelijke voortdurende onmogelijkheid zijn om het ouderlijk gezag over het kind uit te oefenen.¹⁶³ Dit laatste is bijvoorbeeld het geval wanneer de ouders een langdurige gevangenisstraf of internering ondergaan of wilsonbekwaam zijn. Een ontzetting uit het ouderlijk gezag wordt in het kader van een voogdij dan weer niet beschouwd als een voortdurende onmogelijkheid om het ouderlijk gezag uit te oefenen.¹⁶⁴ Hieruit volgt dat een ernstige tekortkoming aan de ouderlijke verplichtingen door de nog aanwezige ouder geen aanleiding kan geven tot het openvallen van de voogdij.¹⁶⁵ Een gerechtelijke kafala zal in zo een geval daarentegen wel mogelijk zijn.¹⁶⁶

109. Een tweede gelijkenis betreft het gegeven dat de voorwaarden waaraan een voogd respectievelijk een kafil moet voldoen om een kind te mogen opvangen gelijkaardig zijn. Wat betreft de voogdij, worden deze voorwaarden nader omschreven in de artikelen 397 – 398 BW. Echter, er bestaan wat dit betreft ook heel wat verschillen, bijvoorbeeld: een voogd dient, in tegenstelling tot een kafil¹⁶⁷, niet een bepaalde geloofsovertuiging aan te hangen, een voogdij wordt in beginsel toegekend aan één persoon, terwijl een kafala-procedure ook openstaat voor heteroseksuele getrouwde koppels¹⁶⁸ enzovoort.

110. Een derde gelijkenis heeft betrekking op de verbrekingsgronden van beide rechtsinstituten.

¹⁶² *Supra* 20, nr. 45.

¹⁶³ Art. 389, eerste lid BW.

¹⁶⁴ VZW HOUVAST, “Kinderen na overlijden van een ouder”, 2004, www.houvast.be/tekst312_1.shtml.

¹⁶⁵ T. WUYTS, “Ernstige tekortkomingen aan de verplichtingen als ouder vormen geen aanleiding tot het ontstaan van de voogdij”, *T.Fam.* 2007, afl. 5, (90) 93 – 94.

¹⁶⁶ *Supra* 20, nr. 45.

¹⁶⁷ *Supra* 22, nr. 53.

¹⁶⁸ *Supra* 22, nr. 52.

Er komt immers, net zoals het geval is bij een gerechtelijke kafala¹⁶⁹, onder meer een einde aan de voogdij bij de meerderjarigheid (tenzij de makfoul een ongehuwd meisje is, gehandicapt is of niet in staat is om zichzelf te onderhouden), de ontvoogding of het overlijden van het kind dat wordt opgevangen. Een voogdij eindigt tevens wanneer de voogd overlijdt.¹⁷⁰ Een voogdij wordt ook beëindigd wanneer er een afstammingsband met een ouder tot stand komt of wanneer de onmogelijkheid tot gezagsuitoefening door de ouder niet meer bestaat en het in het belang is van het kind om opnieuw bij zijn ouders te verblijven. De voogd kan eveneens zelf afstand doen van zijn bevoegdheid wanneer hij daartoe wettige redenen aanvoert¹⁷¹, maar hij kan ook uit zijn bevoegdheid worden ontzet wanneer er daartoe enige grond zou bestaan¹⁷². Dit laatste is bijvoorbeeld het geval wanneer de voogd onbekwaam wordt of wanneer er sprake is van kennelijk wangedrag bij de uitvoering van het beheer van de persoon en van de goederen van het kind.

111. Er kunnen echter, naast bovenvermelde gelijkenissen, ook heel wat verschillen worden aangehaald tussen het rechtsinstituut van de gerechtelijke kafala en dat van de voogdij. Een eerste onderscheid heeft betrekking op de wijze van totstandkoming van beide rechtsinstituten. In tegenstelling tot wat het geval is bij een gerechtelijke kafala¹⁷³, is het bij een voogdij niet de voogd zelf, maar de vrederechter die de nodige stappen moet nemen om een voogd aan te stellen, die bij voorkeur een naast familielid is.¹⁷⁴ De voogd kan vervolgens de aan hem toegewezen opdracht al dan niet aanvaarden. De ouder die het ouderlijk gezag uitoefent, kan bovendien ook zelf een voogd aanwijzen, hetzij bij testament, hetzij door middel van een verklaring voor de vrederechter of voor een notaris, in geval één van de situaties zoals omschreven in het artikel 389, eerste lid BW zich voordoet.¹⁷⁵ In het kader van een kafala, kan een ouder enkel bij een notariële kafala en dus niet bij een gerechtelijke kafala zelf een kafil aanduiden.

112. Een tweede onderscheid betreft de toestemming van het op te vangen kind tot beide rechtsinstituten.

¹⁶⁹ *Supra* 30, nr. 73.

¹⁷⁰ Art. 400 BW.

¹⁷¹ Art. 396, tweede lid BW.

¹⁷² Art. 399 BW.

¹⁷³ *Supra* 25, nr. 59.

¹⁷⁴ Art. 393, eerste lid BW.

¹⁷⁵ Art. 392, eerste lid BW.

Een kind vanaf de leeftijd van twaalf jaar moet in het kader van een voogdij verplicht worden gehoord.¹⁷⁶ Deze hoorplicht kan niet worden gelijkgesteld met de toestemmingsvoorwaarde die van toepassing is voor de totstandkoming van een gerechtelijke kafala¹⁷⁷.

113. Een derde onderscheid situeert zich op het vlak van de organisatie en het toezicht op beide rechtsinstituten. Terwijl de voogdijrechter bevoegd is voor de toekenning van een gerechtelijke kafala en voor het toezicht op de naleving ervan¹⁷⁸, is het in het kader van een voogdij, hoewel de familierechtbank in beginsel vaststelt dat er sprake is van een voortdurende onmogelijkheid om het ouderlijk gezag uit te oefenen¹⁷⁹, de vrederechter van de woonplaats of de verblijfplaats van het kind die een voogd aanstelt. Diezelfde vrederechter houdt het toezicht op de verdere uitoefening van de voogdij.¹⁸⁰

114. Er bestaan daarnaast ook nog een aantal bijkomende modaliteiten met betrekking tot een voogdij die niet voorkomen bij een gerechtelijke kafala, bijvoorbeeld: de vervanging van een voogd, de voogdijrekening, de toeziende voogd, het voogdijverslag, de vereiste van een machtiging door de vrederechter voor het verrichten van bepaalde handelingen enzovoort.

c. Vergelijking van de rechtsgevolgen tussen een Marokkaanse gerechtelijke kafala en een voogdij

115. Er zijn tussen een gerechtelijke kafala en een voogdij op het vlak van de rechtsgevolgen zowel gelijkenissen als verschillen waar te nemen. Er komt in de eerste plaats bij beide rechtsinstituten geen juridische afstammingsband noch een recht op erfopvolging tot stand tussen de persoon die het kind wenst op te vangen en het kind zelf.

116. Naast de gelijkenissen, bestaan er daarnaast ook enkele verschillen. Een eerste belangrijk onderscheid heeft betrekking op de overdracht van het ouderlijk gezag aan de persoon die het kind opvangt.

¹⁷⁶ Art. 394, eerste lid BW.

¹⁷⁷ *Supra* 26, nr. 57.

¹⁷⁸ *Supra* 27, nr. 60 en *supra* 31, nr. 70.

¹⁷⁹ Art. 389, tweede lid BW.

¹⁸⁰ Art. 390, eerste lid BW.

Er vindt in het kader van een voogdij, in tegenstelling tot wat het geval is bij een gerechtelijke kafala¹⁸¹, een weliswaar verregaande, maar geen volledige overdracht van het ouderlijk gezag plaats. Een voogd neemt immers niet alle ouderlijke rechten en plichten over van de ouders van het kind dat hij opvangt, bijvoorbeeld: geen burgerrechtelijke aansprakelijkheid in hoofde van de voogd voor handelingen die het onder voogdij geplaatste kind stelt¹⁸², het artikel 405, §1, vijfde lid BW, de voogdijrekening, het voogdijverslag enzovoort. Het artikel 405, §1, vijfde lid BW stelt dat de voogd, in tegenstelling tot de kafil die in het kader van een gerechtelijke kafala met zijn eigen middelen instaat voor het onderhoud en de verzorging van de makfoul, de eigen inkomsten van het kind en de sociale uitkeringen waarop het kind recht heeft, zoals de wezenbijslag, gebruikt voor zijn onderhoud en verzorging.

117. Er bestaat in de tweede plaats, in tegenstelling tot wat het geval is bij een gerechtelijke kafala¹⁸³, in het kader van een voogdij geen enkele mogelijkheid voor het opgevangen kind om de naam van zijn voogd over te nemen.

C. Pleegvoogdij¹⁸⁴

a. Duiding van het begrip ‘pleegvoogdij’

118. De pleegvoogdij wordt gedefinieerd als een gezagsinstelling over een minderjarige waarbij een ander persoon of echtpaar vrijwillig de belangrijkste ouderlijke verplichtingen van de ouders overneemt. Het rechtsinstituut van de pleegvoogdij wordt nader omschreven in de artikelen 475bis – 475septies BW.

De pleegvoogd heeft de verplichting om het kind te onderhouden, op te voeden, in staat te stellen zelf de kost te verdienen en zijn goederen te beheren.¹⁸⁵

¹⁸¹ *Supra* 28, nr. 67.

¹⁸² M. BERGHMANS, “Gewone voogdij: wanneer?”, 2009, www.jeugrecht.be/?action=artikel_detail&artikel=166.

¹⁸³ *Supra* 27, nr. 64.

¹⁸⁴ S. LAFFINEUR, “La kafala de droit marocain et la nouvelle adoption belge en quête d’harmonie” in J. RENCHON e.a. (eds.), *Les nouveaux aspects juridiques de l’adoption: quelques thématiques spécifiques*, Brussel, Larcier, 2009, (269) 297 – 299.

¹⁸⁵ Art. 475bis, eerste lid BW.

De pleegvoogd moet rekenschap en verantwoording afleggen omtrent het beheer van de goederen van het pleegkind.¹⁸⁶ Hij staat tot slot ook in voor de vertegenwoordiging van het pleegkind in alle burgerrechtelijke handelingen.

- b. Vergelijking van de toegangs- en procedurevoorwaarden tussen een Marokkaanse gerechtelijke kafala en een pleegvoogdij

119. Een eerste gelijkenis betreft de wijze van totstandkoming van beide rechtsinstituten. Net zoals het geval is bij een gerechtelijke kafala¹⁸⁷, berust het initiatiefrecht voor de totstandkoming van een pleegvoogdij, in tegenstelling tot bij de voogdij¹⁸⁸, ook op de kandidaat-pleegvoogd die het kind wenst op te vangen.

120. Een tweede gelijkenis heeft betrekking op de verbrekingsgronden. De pleegvoogdij kent dezelfde verbrekingsgronden als het rechtsinstituut van de gerechtelijke kafala, namelijk: de meerderjarigheid van het pleegkind (tenzij de makfoul een ongehuwd meisje is, gehandicapt is of niet in staat is om zichzelf te onderhouden), het overlijden van de pleegvoogd of het overlijden van het pleegkind.¹⁸⁹ Net zoals het geval is bij een gerechtelijke kafala¹⁹⁰, kan de familierechtbank de pleegvoogdij ook beëindigen op verzoek van de procureur des Konings, bijvoorbeeld in geval van onbekwaamheid van de pleegvoogd of wanneer de pleegvoogd zijn verplichtingen niet nakomt, bij ontvoogding van het pleegkind, wanneer de pleegvoogd zelf afstand wenst te doen van de pleegvoogdij of wanneer de biologische ouders opnieuw het ouderlijk gezag wensen uit te oefenen.¹⁹¹ Er komt, in tegenstelling tot wat het geval is bij een gerechtelijke kafala, eveneens een einde aan de pleegvoogdij in geval van adoptie van het kind.

121. Naast voormelde gelijkenissen, bestaan er daarnaast ook heel wat verschillen. Een eerste onderscheid betreft de toestemmingen die in het kader van beide rechtsinstituten zijn vereist.

¹⁸⁶ Art. 475septies BW.

¹⁸⁷ *Supra* 25, nr. 59.

¹⁸⁸ *Supra* 45, nr. 111.

¹⁸⁹ Art. 475quinquies BW.

¹⁹⁰ *Supra* 30, nr. 73.

¹⁹¹ Art. 475sexies, eerste lid BW.

Een kind vanaf de leeftijd van vijftien jaar moet in het kader van een pleegvoogdij verplicht worden gehoord.¹⁹² Deze hoorplicht is geenszins gelijk te stellen met de toestemmingsvoorwaarde die van toepassing is voor de totstandkoming van een gerechtelijke kafala¹⁹³.

De ouder of, bij gebrek daaraan, de voogd van het kind moet bovendien, overeenkomstig het artikel 475bis, eerste lid BW, instemmen met de pleegvoogdij.¹⁹⁴ Dit is logischerwijze niet het geval bij de totstandkoming van een Marokkaanse gerechtelijke kafala, aangezien zo een kafala juist betrekking heeft op kinderen die in de steek werden gelaten door hun ouders.

Tot slot bepaalt het artikel 475bis, tweede lid BW dat ook de toestemming van de echtgeno(o)t(e) van de pleegvoogd noodzakelijk is voor de totstandkoming van een pleegvoogdij. Dit is opnieuw anders bij een gerechtelijke kafala, aangezien dit rechtsinstituut enkel openstaat voor alleenstaanden en gehuwde heteroseksuele koppels. Dit laatste heeft tot gevolg dat wanneer een echtgeno(o)t(e) wenst een kind via een gerechtelijke kafala op te vangen de andere echtgeno(o)t(e) noodzakelijkerwijze ook moet optreden als kafil.

122. Een tweede onderscheid is het gegeven dat een pleegvoogdij slechts kan worden aangegaan door een persoon die ten minste vijfentwintig jaar oud is.¹⁹⁵ Een kafala kan daarentegen al worden aangegaan vanaf de leeftijd van achttien jaar.¹⁹⁶

123. Een derde onderscheid tussen een gerechtelijke kafala en een pleegvoogdij situeert zich op het vlak van de organisatie en het toezicht op beide rechtsinstututen. In tegenstelling tot wat het geval is bij een gerechtelijke kafala¹⁹⁷, komt een pleegvoogdij tot stand door middel van een authentieke akte die wordt opgemaakt door de vrederechter van de verblijfplaats van het kind of door een notaris.¹⁹⁸ De authentieke akte moet vervolgens worden bekrachtigd door de familierechtbank.¹⁹⁹

¹⁹² Art. 475ter, derde lid BW.

¹⁹³ *Supra* 24, nr. 57.

¹⁹⁴ K. ADRIAENSSENS, "Art. 475bis B.W" in *Personen- en familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, I.I, *Personen*, 1991, z.p.

¹⁹⁵ Art. 475bis, eerste lid BW.

¹⁹⁶ *Supra* 24, nr. 54.

¹⁹⁷ *Supra* 25, nr. 59.

¹⁹⁸ Art. 475ter, eerste lid BW.

¹⁹⁹ Art. 475ter, tweede lid BW.

124. Een vierde onderscheid heeft betrekking op het gegeven dat een pleegvoogdij, in tegenstelling tot wat het geval is bij een gerechtelijke kafala²⁰⁰ en bij een voogdij²⁰¹, niet beperkt is tot bepaalde gevallen.²⁰²

c. Vergelijking van de rechtsgevolgen tussen een Marokkaanse gerechtelijke kafala en een pleegvoogdij

125. Er zijn vooreerst een aantal gelijkenissen op te merken tussen een gerechtelijke kafala en een pleegvoogdij. De belangrijkste gelijkenis is de afwezigheid van een juridische afstammingsband en een recht op erfopvolging tussen de kafil respectievelijk de pleegvoogd en het kind dat wordt opgevangen.

126. Een tweede gelijkenis is het gegeven dat de pleegvoogd, in tegenstelling tot wat het geval is voor de voogd bij een voogdij²⁰³, overeenkomstig het artikel 475quater, eerste lid BW, met zijn eigen financiële middelen instaat voor het onderhoud en de opvoeding van het pleegkind.²⁰⁴ Diezelfde onderhoudsverplichting rust ook op de kafil in het kader van een gerechtelijke kafala.²⁰⁵

127. Er zijn daarnaast ook heel wat verschillen waar te nemen. Het belangrijkste onderscheid betreft de overdracht van het ouderlijk gezag. In tegenstelling tot wat het geval is bij een gerechtelijke kafala²⁰⁶, blijft het ouderlijk gezag bij een pleegvoogdij volledig toebehoren aan de ouders van het pleegkind. De pleegvoogd neemt slechts een aantal aspecten van het ouderlijk gezag op zich, bijvoorbeeld: het bewaringsrecht, het recht van dagelijkse zorg over het pleegkind, het beheer van het vermogen van het pleegkind en de vertegenwoordiging van het kind in alle burgerrechtelijke handelingen.

²⁰⁰ *Supra* 20, nr. 45.

²⁰¹ *Supra* 44, nr. 109.

²⁰² X., “Ouders onbeschikbaar: (pleeg)voogdij?”, 2002 – 03, www.jeugdrecht.be/?action=artikel_detail&artikel=168.

²⁰³ *Supra* 47, nr. 116.

²⁰⁴ X., “Ouders onbeschikbaar: (pleeg)voogdij?”, 2002 – 03, www.jeugdrecht.be/?action=artikel_detail&artikel=168.

²⁰⁵ Art. 2 Loi n°15-01 (MAR) 13 juni 2002 relative à la prise en charge (kafala) des enfants abandonnés, Dahi n°1.02.172 du 1er rebia II 1423, *Bulletin Officiel* n° 5036 15 september 2002.

²⁰⁶ *Supra* 28, nr. 67.

De pleegvoogd heeft daarentegen niet het recht om fundamentele beslissingen te nemen met betrekking tot de persoon van het kind en heeft de verplichting om het pleegkind op te voeden in de lijn van wat de ouders willen.²⁰⁷

128. Een tweede onderscheid is het gegeven dat een pleegvoogd, in tegenstelling tot een kafil²⁰⁸, niet burgerrechtelijk aansprakelijk is voor de handelingen die zijn pleegkind verricht.²⁰⁹

129. Er bestaat in de derde plaats voor het pleegkind, in tegenstelling tot wat het geval is voor de makfoul²¹⁰, geen mogelijkheid om de naam van de pleegvoogd over te nemen.

D. Pleegzorg

a. Duiding van het begrip ‘pleegzorg’

130. Pleegzorg is een vorm van hulpverlening waarbij pleegzorgers hun gezin vrijwillig openstellen voor een kind (= pleegkind) of voor een volwassene (= pleeggast) om hem deel te laten uitmaken van hun privéleven, met verblijf in hun eigen gezin. Er bestaan verschillende vormen van pleegzorg, namelijk: ondersteunende pleegzorg (met inbegrip van de crisispleegzorg), perspectiefzoekende pleegzorg, perspectiefbiedende pleegzorg en behandelingspleegzorg. Het decreet pleegzorg van 29 juni 2012 is sinds 1 januari 2014 van toepassing op het rechtsinstituut van de pleegzorg.²¹¹

b. Vergelijking van de toegangs- en procedurevoorwaarden tussen een Marokkaanse gerechtelijke kafala en een pleegzorg

²⁰⁷ M. BERGHMANS en A. VAN LOOVEREN, *Het pleegouderboek: 101 vragen over pleegzorg*, Brussel, Politeia, 2013, 18 – 19.

²⁰⁸ *Supra* 28, nr. 66.

²⁰⁹ STEUNPUNT JEUGDHULP, “Juridische categorie: begrip. Wat is pleegvoogdij?”, http://2013.steunpuntjeugdhulp.be/?action=juridische_faqvraag&faqcategorie=0&vraag=329&titel=%3Cp%3EWat+is+pleegvoogdij%3F%3C%2Fp%3E.

²¹⁰ *Supra* 27, nr. 64.

²¹¹ M. BERGHMANS en A. VAN LOOVEREN, *Het pleegouderboek: 101 vragen over pleegzorg*, Brussel, Politeia, 2013, 15 – 17.

131. De belangrijkste gelijkenis tussen een gerechtelijke kafala en een pleegzorg situeert zich op het vlak van de voorwaarden waaraan de kafil respectievelijk de pleegzorger dient te voldoen. De pleegzorger moet echter, in tegenstelling tot wat het geval is bij een gerechtelijke kafala²¹², geen specifieke geloofsovertuiging hebben.

132. Er bestaan echter ook heel wat verschillen. Een eerste onderscheid betreft het gegeven dat het rechtsinstituut van de pleegzorg, in tegenstelling tot dat van de gerechtelijke kafala, ook kan worden gebruikt voor de opvang van volwassenen die gehandicapt zijn of die kampen met psychiatrische problemen.

133. Een tweede onderscheid heeft betrekking op de kinderen voor wie een gerechtelijke kafala respectievelijk een pleegzorg openstaat. Terwijl ook kinderen waarvan de ouders niet gekend zijn, kinderen waarvan de vader niet gekend is en de moeder afstand doet van het kind en weeskinderen kunnen worden opgevangen via een gerechtelijke kafala²¹³, is dit niet het geval bij een pleegzorg. Het rechtsinstituut van de voogdij of dat van de pleegvoogdij is in deze gevallen van toepassing.

134. Een derde onderscheid betreft de organisatie en het toezicht op beide rechtsinstellingen. Wat betreft pleegkinderen, is het, in tegenstelling tot wat het geval is bij de gerechtelijke kafala²¹⁴, de jeugdrechter of de Toegangspoort Integrale Jeugdhulp die beslist over een perspectiefzoekende of een perspectiefbiedende pleegzorg. Bij een behandelings- of een ondersteunende pleegzorg wordt de beslissing tot pleegzorg genomen door de dienst voor pleegzorg zelf. Wat betreft pleeggasten, is het steeds de dienst voor pleegzorg zelf die de beslissing tot pleegzorg neemt, indien mogelijk in samenspraak met de pleeggast.²¹⁵ Eenmaal de beslissing tot pleegzorg is genomen, is het de dienst voor pleegzorg die instaat voor de ondersteuning en de begeleiding van de pleegzorgers.

135. Een vierde belangrijk onderscheid heeft betrekking op de toestemmingsvoorwaarden van beide rechtsinstellingen.

²¹² *Supra* 22, nr. 53.

²¹³ *Supra* 20, nr. 45.

²¹⁴ *Supra* 25, nr. 59.

²¹⁵ JONGERENWELZIJN, “Pleegzorg: typemodules”, <http://wvg.vlaanderen.be/jongerenwelzijn/jeugdhulp/pleegzorg/typemodules/>.

Net zoals het geval is bij een gerechtelijke kafala²¹⁶, moet een kind dat de leeftijd van twaalf jaar heeft bereikt zijn toestemming geven tot de pleegzorg, tenzij in geval het een gedwongen jeugdhulpverlening betreft. De toestemming is in het kader van een pleegzorg ook vereist indien het kind jonger is dan twaalf jaar en het tot een redelijke beoordeling van zijn belangen in staat is, rekening houdend met zijn leeftijd en zijn graad van maturiteit. Indien dit niet het geval is, moet het kind jonger dan twaalf jaar wel nog steeds worden gehoord.²¹⁷ Er bestaat daarentegen bij een gerechtelijke kafala geen enkele toestemmingsvoorwaarde of hoorplicht in hoofde van een kind dat jonger is dan twaalf jaar. In het kader van een vrijwillige jeugdhulpverlening is eveneens de toestemming van de nog aanwezige ouder vereist.²¹⁸ Dit is, zoals al eerder vermeld, nooit het geval voor de totstandkoming van een Marokkaanse gerechtelijke kafala.²¹⁹

136. Een vijfde onderscheid is het gegeven dat een pleegkind niet verplicht in de pleegzorg dient te blijven tot het de leeftijd van achttien jaar heeft bereikt. De pleegzorg duurt in beginsel totdat het voor het pleegkind opnieuw mogelijk is om naar zijn ouders terug te keren. Een gerechtelijke kafala duurt daarentegen wel in beginsel totdat de makfoul achttien jaar is, tenzij de ouders zelf opnieuw wensen het ouderlijk gezag over hun kind uit te oefenen en dit in het belang is van het kind. Het is ook zo dat de pleegzorg, in tegenstelling tot de gerechtelijke kafala (tenzij de makfoul een ongehuwd meisje is, gehandicapt is of niet in staat is om zichzelf te onderhouden)²²⁰, niet noodzakelijk stopt wanneer het pleegkind meerderjarig is. Een volwassene met een handicap of met een psychiatrische problematiek kan immers ook worden opgevangen via pleegzorg.

- c. Vergelijking van de rechtsgevolgen tussen een Marokkaanse gerechtelijke kafala en een pleegzorg

²¹⁶ *Supra* 24, nr. 57.

²¹⁷ M. BERGHMANS en A. VAN LOOVEREN, *Het pleegouderboek: 101 vragen over pleegzorg*, Brussel, Politeia, 2013, 28 – 29.

²¹⁸ M. BERGHMANS en A. VAN LOOVEREN, *Het pleegouderboek: 101 vragen over pleegzorg*, Brussel, Politeia, 2013, 28.

²¹⁹ *Supra* 49, nr. 121.

²²⁰ *Supra* 30, nr. 73.

137. Net zoals het geval is bij een gerechtelijke kafala²²¹, komt er ingevolge de pleegzorg in de eerste plaats geen juridische afstammingsband noch een recht op erfopvolging tot stand tussen het pleegkind of de pleeggast enerzijds en de pleegzorger anderzijds.

138. Naast voormelde gelijkenis, bestaan er voor het overige toch vooral verschillen tussen beide rechtsinstituten. Een eerste onderscheid heeft betrekking op de overdracht van het ouderlijk gezag. Terwijl er bij een gerechtelijke kafala sprake is van een algehele overdracht van het ouderlijk gezag²²², gaat het ouderlijk gezag bij een pleegzorg helemaal niet over. De pleegzorger neemt, in tegenstelling tot de pleegvoogd²²³, geen enkel ouderlijk recht noch plicht over.²²⁴ De pleegzorger heeft juridisch gezien enkel de feitelijke materiële bewaring over het pleegkind of de pleeggast.²²⁵

139. Een tweede onderscheid is het gegeven dat de pleegzorger, in tegenstelling tot wat het geval is bij een gerechtelijke kafala²²⁶, niet burgerrechtelijk aansprakelijk is voor de handelingen die het pleegkind of de pleeggast stelt.

140. Net zoals bij een gerechtelijke kafala²²⁷, heeft de pleegzorger ten aanzien van het pleegkind of de pleeggast in de derde plaats ook een verplichting tot het verstrekken van levensonderhoud. Echter, de pleegzorger ontvangt hiervoor wel een onkostenvergoeding.²²⁸

141. Een vierde onderscheid betreft het gegeven dat er voor het pleegkind of de pleeggast, in tegenstelling tot wat het geval is voor de makfoul²²⁹, geen mogelijkheid bestaat om de naam van zijn pleegzorger over te nemen.

²²¹ *Supra* 26 – 27, nrs. 62 – 63.

²²² *Supra* 28, nr. 67.

²²³ *Supra* 50, nr. 127.

²²⁴ M. BERGHMANS en A. VAN LOOVEREN, *Het pleegouderboek: 101 vragen over pleegzorg*, Brussel, Politeia, 2013, 19.

²²⁵ STEUNPUNT JEUGDHULP, “Juridische categorie: ouderlijk gezag. Wie neemt beslissingen over de opvoeding van een minderjarig pleegkind?”, www.steunpuntjeugdhulp.be/?action=juridische_faqvraag&faqcategorie=0&vraag=386&titel=%3Cp%3E%3Cstrong%3EOuderlijk+gezag%3C%2Fstrong%3E.+Wie+neemt+beslissingen+over+de+opvoeding+van+een+minderjarig+pleegkind%26nbsp%3B%3F%3C%2Fp%3E.

²²⁶ *Supra* 28, nr. 66.

²²⁷ Art. 2 Loi n°15-01 (MAR) 13 juni 2002 relative à la prise en charge (kafala) des enfants abandonnés, Dahi n°1.02.172 du 1er rebia II 1423, *Bulletin Officiel n° 5036* 15 september 2002.

²²⁸ Art. 16 – 18 Decr.VI. 29 juni 2012 houdende de organisatie van pleegzorg, *BS* 16 augustus 2012, 14.584.

²²⁹ *Supra* 27, nr. 64.

E. Conclusie

142. Het voorgaand vergelijkend onderzoek in aanmerking genomen, vind ik zelf dat een gerechtelijke kafala de meeste gelijkenissen vertoont met een gewone adoptie, een voogdij en een pleegvoogdij. De gelijkenissen tussen een gerechtelijke kafala enerzijds en een volle adoptie of een pleegzorg anderzijds zijn, zoals al eerder vermeld, heel beperkt.²³⁰

143. Wat betreft de juridische afstammingsband en het recht op erfopvolging, is een gerechtelijke kafala van de drie rechtsinstituten het meest vergelijkbaar met een voogdij en met een pleegvoogdij, aangezien er daar ook geen juridische afstammingsband noch een recht op erfopvolging tot stand komt tussen het kind en de persoon die het kind opvangt. Een gewone adoptie doet daarentegen wel een juridische afstammingsband en een recht op erfopvolging ontstaan tussen het geadopteerde kind en zijn adoptant.

Wat betreft het ouderlijk gezag, kan een gerechtelijke kafala van de drie rechtsinstituten het meest worden vergeleken met een gewone adoptie, omdat er daar ook sprake is van een volledige overdracht van het ouderlijk gezag in hoofde van de persoon die het kind wenst op te vangen. De overdracht van het ouderlijk gezag bij een voogdij en bij een pleegvoogdij is beperkter. Ook wat de naamsoverdracht betreft, is een gerechtelijke kafala het meest vergelijkbaar met een gewone adoptie, die een automatische naamsoverdracht met zich meebrengt, aangezien er bij een voogdij en bij een pleegvoogdij helemaal geen mogelijkheid bestaat voor het kind om de naam van de persoon die hem opvangt, over te nemen. De burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de kafil is eveneens het best te vergelijken met deze van de adoptant. Echter, de principiële levenslange duurtijd van een gewone adoptie vormt dan weer een belangrijk verschilpunt met een gerechtelijke kafala. Een gerechtelijke kafala is op dat vlak meer vergelijkbaar met een voogdij of met een pleegvoogdij.

Wat betreft de verplichting tot het verstrekken van levensonderhoud, vertoont een gerechtelijke kafala van de drie rechtsinstituten de meeste gelijkenissen met een pleegvoogdij en dit omwille van twee redenen.

²³⁰ *Supra* 41, nr. 100 en *supra* 54, nr. 138.

De onderhoudsverplichting bestaat bij een pleegvoogdij, net zoals bij een gerechtelijke kafala, slechts in hoofde van de persoon die het kind wenst op te vangen ten aanzien van het kind, en niet ook omgekeerd zoals bij een gewone adoptie. De persoon die het kind wenst op te vangen, moet de onderhoudsverplichting bovendien nakomen met zijn eigen middelen, in tegenstelling tot bij een voogdij. De categorieën van kinderen die het voorwerp kunnen uitmaken van een gerechtelijke kafala zijn dan weer meer vergelijkbaar met een voogdij en niet met een pleegvoogdij.

144. Met welk Belgisch rechtsinstituut dat van de gerechtelijke kafala dan ook het meest vergelijkbaar moge zijn, het staat wel vast dat geen van de besproken rechtsinstituten volledig identiek is aan dat van de gerechtelijke kafala.

4.2.3. Kwalificatie van een kafala-akte in de Belgische rechtsorde

A. Geen adoptie

145. Men was het er vóór de inwerkingtreding van het Haags Kinderbeschermingsverdrag in de rechtspraak en in de rechtsleer in het algemeen over eens dat een kafala niet kan worden gelijkgesteld met een adoptie. Er werden ter staving hiervan verschillende redenen aangevoerd.²³¹ Een eerste reden had betrekking op de totstandkoming van een juridische afstammingsband en daarmee samenhangend het recht op erfopvolging.²³² Zo hervormde het arbeidshof van Bergen een vonnis van de arbeidsrechtbank van Bergen van 9 september 2008 waarin de arbeidsrechtbank had geoordeeld dat een kafala kan worden gelijkgesteld met een gewone adoptie en dat er om die reden een adoptiepremie moest worden toegekend aan verzoekers. Het arbeidshof van Bergen stelde bij arrest van 3 september 2009 daarentegen dat het niet mogelijk is om een kafala gelijk te stellen met een adoptie, zelfs niet met een gewone adoptie, aangezien er bij een adoptie een juridische afstammingsband tot stand komt tussen het geadopteerde kind en zijn adoptant, hetgeen niet het geval is bij een kafala. De adoptiepremie mocht bijgevolg niet worden toegekend.²³³

²³¹ X., “L’adoption dans les pays du Maghreb”, www.espace-citoyen.be/article/322-l-adoption-dans-les-pays-du-maghreb/.

²³² ADDE, “La kafala en droit marocain: La kafala est-elle considérée en Belgique comme adoption?”, 2015, www.adde.be/ressources/fiches-pratiques/dip/la-kafala-en-droit-marocain#h14-la-kafala-est-elle-consider-ee-en-belgique-comme-adoption.

²³³ Arbh. Bergen 3 september 2009, *Rev.dr.étr.* 2009, afl. 154, 389, noot.

Ook de arbeidsrechtbank van Hoei oordeelde in een vonnis van 7 oktober 2011 dat dit verschil met betrekking tot de totstandkoming van een juridische afstammingsband ertoe leidt dat beide rechtsinstituten niet met elkaar kunnen worden gelijkgesteld.²³⁴ Dit vonnis werd nadien bevestigd door het arbeidshof van Luik bij arrest van 18 juni 2012.²³⁵ Het arbeidshof van Luik stelde een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof en ook het Grondwettelijk Hof was in haar arrest van 19 juni 2013 van mening dat beide rechtsinstituten niet met elkaar vergelijkbaar zijn.²³⁶ Naast het verschil omtrent de totstandkoming van een juridische afstammingsband, haalde het Grondwettelijk Hof in haar arrest nog een tweede reden aan waarom een kafala en een adoptie volgens haar niet met elkaar kunnen worden gelijkgesteld, namelijk het verschil in duurtijd van beide rechtsinstituten.²³⁷ Het hof van beroep van Brussel besliste in een arrest van 19 mei 2010 in eenzelfde zin als de arbeidsrechtbank van Hoei en het arbeidshof van Luik.²³⁸

Het vredegerecht van Sint-Gilles oordeelde op zijn beurt in een vonnis van 16 januari 2001 dat een kafala niets gemeenschappelijk heeft met een adoptie en de toestemming tot een kafala bijgevolg niet kan worden beschouwd als de toestemming tot een adoptie.²³⁹ De stelling van het vredegerecht dat een kafala niets gemeenschappelijk zou hebben met een adoptie moet volgens mij wel enigszins worden genuanceerd, aangezien het in casu ging om een intrafamiliale kafala. De concrete situatie waarin een kind zich bevindt bij een gerechtelijke kafala en bij een adoptie zal immers wel vaak sterke gelijkenissen vertonen (bijvoorbeeld: het kind heeft geen familie meer, het kind heeft geen enkele band met zijn herkomstland enzovoort). De finaliteit van beide rechtsinstituten zal dus vaak dezelfde zijn, namelijk het bezorgen van een goede thuis aan een verlaten kind. De feitelijke situatie bij een intrafamiliale kafala is daarentegen volledig anders. De Brusselse jeugdrechtbank sloot zich bij vonnis van 16 februari 2010 aan bij de zienswijze van het vredegerecht van Sint-Gilles door te stellen een kafala niet kan worden gelijkgesteld met een adoptie, noch met een toestemming tot een adoptie.²⁴⁰

²³⁴ Arbrb. Hoei 7 oktober 2011 (onuitg.).

²³⁵ Arbh. Luik 18 juni 2012, *Rev.dr.étr.* 2012, afl. 168, 246.

²³⁶ GwH 19 juni 2013, *A.GrwH* 2013, afl. 3, 1357.

²³⁷ *Supra* 55, nr. 144.

²³⁸ Brussel 19 mei 2010, *Rev.trim.dr.fam.* 2012, afl. 2, 384.

²³⁹ Vred. St.-Gilles, 16 januari 2001, *TBBR* 2001, 245; C. ENGEL, “L'utilité du concept d'équivalence en droit international privé”, *Ann.dr.Louvain* 2006, afl. 1 – 2, (55) 74.

²⁴⁰ Jeugdrb. Brussel 16 februari 2010, *Rev.trim.dr.fam.* 2011, afl. 1, 147.

Er is ook nog een vonnis van 25 juli 2000 waarin de arbeidsrechtbank van Brussel stelde dat een kafala niet kan worden gelijkgesteld met een adoptie.²⁴¹ Het arbeidshof van Brussel bevestigde dit vonnis bij arrest van 14 september 2005.²⁴²

146. Terwijl men het er in de rechtspraak unaniem over eens was dat een kafala niet kan worden gelijkgesteld met een adoptie, haalde Laffineur, advocaat aan de balie van Brussel, in een bijdrage omtrent de kwalificatie van een kafala-akte dan weer aan dat het rechtsinstituut van de kafala wel het best kan worden vergeleken met dat van een adoptie, ondanks het essentiële verschil tussen beiden voor wat betreft de totstandkoming van een juridische afstammingsband.²⁴³

Ter staving hiervan, verwees hij naar een antwoord van voormalig minister van Justitie, Laurette Onkelinx, op een mondelinge vraag van Clotilde Nyssens, voormalig rechtstreeks verkozen senator door de Franse kiesgemeenschap, over de voogdijvorm “kafala”.²⁴⁴ De minister van Justitie verduidelijkte hierin dat de meeste kafils naar België komen met het oog op een adoptie van hun makfoul. Zij stelde dat het in het belang is van het kind om het best mogelijke statuut in België te verkrijgen. Te denken viel volgens haar bijvoorbeeld aan wezen of achtergelaten kinderen die in hun herkomstland bij niemand nog terecht kunnen. De minister van Justitie stelde dat het in zo een geval in het belang is van dat kind om te worden geadopteerd in België in plaats van te worden geplaatst in een gezin door middel van een pleegvoogdij, omdat een kafala de makfoul een ruimere juridische bescherming biedt dan een pleegvoogdij.

147. Ook Swennen meende dat, hoewel een pleegvoogdij in de praktijk meestal wordt gebruikt als aanknopingspunt voor de erkenning van een kafala, het in feite het rechtsinstituut van de adoptie is dat de functionele equivalent vormt van de kafala.²⁴⁵

²⁴¹ Arbrb. Brussel 25 juli 2000 (onuitg.).

²⁴² Arbh. Brussel 14 september 2005 (onuitg.).

²⁴³ S. LAFFINEUR, “La kafala de droit marocain et la nouvelle adoption belge en quête d’harmonie”, in J. RENCHON e.a. (eds.), *Les nouveaux aspects juridiques de l’adoption: quelques thématiques spécifiques*, Brussel, Larcier, 2009, (269) 300.

²⁴⁴ *Vr. en Antw.* Senaat, Vr. nr. 3-914, 15 december 2005 (C. NYSSENS).

²⁴⁵ F. SWENNEN, “Alimentatie voor kinderen” in CENTRUM VOOR BEROEPSVERVOLMAKING RECHTEN, *Alimentatie en kinderen*, Antwerpen, Intersentia, 2010, (19) 35.

B. Pleegvoogdij

148. De kwalificatie die vóór de inwerkingtreding van het Haags Kinderbeschermingsverdrag door de bevoegde Belgische autoriteiten het vaakst werd gegeven aan een kafala wanneer zij ertoe werden verzocht een kafala-akte te erkennen, was die als een pleegvoogdij.²⁴⁶ L'Association pour le droit des étrangers, een onderzoekscentrum dat onderzoek voert naar allerhande migratie- en multiculturaliteitskwesties, sloot zich bij deze meerderheidskwalificatie aan.²⁴⁷

Zo oordeelde de jeugdrechtbank van Brussel in een vonnis van 29 juni 2005 impliciet dat een kafala in de Belgische rechtsorde het best kan worden vergeleken met een pleegvoogdij, ondanks het feit dat de rechtsgevolgen die beide rechtsinstituten met zich meebrengen niet volledig gelijklopend zijn.²⁴⁸ Diezelfde jeugdrechtbank bevestigde in haar recentere vonnis van 16 februari 2010, waarin zij had beslist dat een kafala niet kan worden gelijkgesteld met een adoptie noch met een toestemming tot een adoptie²⁴⁹, dat een kafala moet worden gelijkgesteld met een pleegvoogdij.²⁵⁰

Het hof van beroep van Brussel stelde op zijn beurt in een arrest van 28 november 2006 dat een kafala het best kan worden vergeleken met een pleegvoogdij, omdat een pleegvoogdij net zoals een kafala de juridische afstammingsband tussen het kind en zijn oorspronkelijke familie laat bestaan, hetgeen niet het geval is bij een adoptie.²⁵¹ Het Brusselse hof van beroep bevestigde deze zienswijze in een arrest van 1 oktober 2007.²⁵²

²⁴⁶ J. VERHELLEN, “Ouderlijke verantwoordelijkheid, voogdij en bescherming van onbekwamen”, *TPR* 2006, afl. 3, (1518) 1532-1533; S. SAROLEA en C. HENRICOT, “Droit international privé et droit de la famille” in P. WAUTHELET, S. FRANCO, S. SAROLEA en C. HENRICOT (eds.), *Actualités du droit international privé*, Waver, Anthemis, 2009, (143) 161; F. SWENNEN, “Alimentatie voor kinderen” in CENTRUM VOOR BEROEPSVERVOLMAKING, *Alimentatie en kinderen*, Antwerpen, Intersentia, 2010, (19) 35.

²⁴⁷ ADDE, “La kafala en droit marocain: la kafala est-elle considérée en Belgique comme adoption? Quels sont, en Belgique, les effets d’une kafala au niveau civil?”, 2015, www.adde.be/ressources/fiches-pratiques/dip/la-kafala-en-droit-marocain#h14-1-quels-sont-en-belgique-les-effets-d-une-kafala-au-niveau-civil.

²⁴⁸ Jeugdrb. Brussel 29 juni 2005, *J.dr.jeun.* 2005, afl. 250, 60.

²⁴⁹ *Supra* 57, nr. 145.

²⁵⁰ Jeugdrb. Brussel 16 februari 2010, *Rev.trim.dr.fam.* 2011, afl. 1, 147.

²⁵¹ Brussel 28 november 2006, *Rev.trim.dr.fam.* 2008, afl. 1, 90.

²⁵² Brussel 1 oktober 2007, *Rev.trim.dr.fam.* 2008, afl. 4, 1257.

Tot slot oordeelde ook het arbeidshof van Bergen in zijn arrest van 3 september 2009, waarin het had gesteld dat een kafala geenszins kan worden gelijkgesteld met een adoptie, zelfs niet met een gewone adoptie, dat een kafala enkel kan worden vergeleken met een pleegvoogdij of met een feitelijke opname van het kind in het nieuwe gezin, waarmee het hof doelde op het rechtsinstituut van de pleegzorg.²⁵³

Ook Vlaams Adoptieambtenaar, Ariane Van den Berghe, die momenteel aan het hoofd staat van het Vlaams Centrum voor Adoptie, bevestigde in een radio-interview in “De ochtend” op Radio 1 dat een kafala het meest vergelijkbaar is met een pleegvoogdij.²⁵⁴

149. Echter, terwijl men het er in de rechtspraak en in de rechtsleer quasi unaniem over eens was dat een kafala niet kan worden gelijkgesteld met een adoptie, bestond er geen unanimiteit over de kwalificatie van een kafala-akte als een pleegvoogdij. De belangrijke verschillen die er bestaan tussen een kafala en een pleegvoogdij, zoals al eerder besproken²⁵⁵, stelden immers problemen omtrent de kwalificatie en de erkenning van de juridische gevolgen van een kafala in de westerse landen, waaronder ook in België, als een pleegvoogdij.²⁵⁶

Zo oordeelde de arbeidsrechtbank van Brussel in haar vonnis van 25 juli 2000 dat een kafala niet alleen niet vergelijkbaar is met een adoptie, maar ook niet kan worden beschouwd als een pleegvoogdij.²⁵⁷ Deze stelling werd later bevestigd door het Brusselse arbeidshof dat kennis moest nemen van deze zaak in graad van beroep.²⁵⁸

²⁵³ Arbh. Bergen 3 september 2009, *Rev.dr.étr.* 2009, afl. 154, 389, noot.

²⁵⁴ I. VERHOOGEN, ‘Voorlopig geen adoptiekinderen meer uit Marokko’, *De Redactie*, 4 november 2013, <http://deredactie.be/cm/vrtnieuws/binnenland/1.1770509>.

²⁵⁵ *Supra* 48 – 51, nrs. 119 – 129.

²⁵⁶ S. SAROLEA en C. HENRICOT, “Droit international privé et droit de la famille” in P. WAUTHELET e.a. (eds.), *Actualités du droit international privé*, Waver, Anthemis, 2009, (143) 161.

²⁵⁷ Arbrb. Brussel 25 juli 2000 (onuitg.).

²⁵⁸ Arbh. Brussel 14 september 2005 (onuitg.); J. VERHELLEN, “Ouderlijke verantwoordelijkheid, voogdij en bescherming van onbekwamen”, *TPR* 2006, afl. 3, (1518) 1533.

De Brusselse jeugdrechtbank, die in haar vonnis van 29 juni 2005 impliciet stelde dat een kafala moet worden gelijkgesteld met een pleegvoogdij²⁵⁹, sprak zichzelf in een vonnis van 21 oktober 2005, dus slechts enkele maanden na het eerste vonnis, tegen door te bepalen dat de toestemming van de ouders in het kader van een kafala niet kan gelden als een instemming met een pleegvoogdij.²⁶⁰

Het hof van beroep van Gent beschouwde een kafala in zijn arrest van 13 maart 2013 dan weer als een pleegzorg en dus niet als een pleegvoogdij.²⁶¹ Deze stelling van het Gentse hof van beroep klopt volgens mij niet, aangezien het duidelijk is dat het rechtsinstituut van de pleegzorg essentiële verschillen vertoont met dat van de kafala²⁶², waardoor zij geenszins met elkaar kunnen worden vergeleken. Defence for Children, een Nederlandse organisatie die zich inzet voor de kinderrechten in Nederland en daarbuiten op grond van het Kinderrechtenverdrag, meende in het kader van een bijdrage over het Chbihi Loudoudi – arrest ook dat een kafala sterker is dan ons systeem van pleegzorg.²⁶³

150. Clotilde Nyssens stelde al in 2005 dit kwalificatieprobleem omtrent de erkenning van een kafala-akte aan de kaak en vroeg toenmalig minister van Justitie, Laurette Onkelinx, hierover om een woordje uitleg.²⁶⁴ Clotilde Nyssens stelde zich immers de vraag of een kafala-akte überhaupt kan worden erkend in België, aangezien België het Haags Kinderbeschermingsverdrag op dat ogenblik nog niet had geratificeerd, en of er een mogelijkheid bestaat om de makfoul het voorwerp te laten uitmaken van een pleegvoogdijovereenkomst. Voormalig minister van Justitie, Laurette Onkelinx, antwoordde hierop dat het rechtsinstituut van de kafala en dat van de pleegvoogdij gelijkwaardig zijn. Een kafala-akte kon volgens haar dus in beginsel rechtstreeks worden erkend als een pleegvoogdijovereenkomst.

²⁵⁹ *Supra* 59, nr. 148.

²⁶⁰ Jeugdrb. Brussel 21 oktober 2005 (onuitg.); T. WUYTS, *Ouderlijk gezag: een coherente gezagsregeling voor minderjarigen*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 283.

²⁶¹ Gent 13 maart 2013, *NJW* 2014, afl. 298, 225, noot S. BERTE.

²⁶² *Supra* 52 – 55, nrs. 131 – 140.

²⁶³ DEFENCE FOR CHILDREN, “Europese Hof: kafala is geen adoptie”, 2015, www.defenceforchildren.nl/p/48/4146/mo233-m80/mo481-cg327/mo480-cg327/europese-hof%3A-kafala-is-geen-adoptie.

²⁶⁴ *Vr. en Antw.* Senaat, Vr. nr. 3-914, 15 december 2005 (C. NYSSENS).

4.2.4. Gevolgen van het gebrek aan de ratificatie van het Haags Kinderbeschermingsverdrag

A. Gevolgen op burgerlijk vlak

151. Voormalig minister van Justitie, Laurette Onkelinx, leidde uit haar standpunt dat een kafala-akte in beginsel rechtstreeks moet worden erkend als een pleegvoogdij²⁶⁵ af dat de kafil van het opgevangen kind dat zijn gewone verblijfplaats in België heeft, overeenkomstig het artikel 475ter, eerste lid BW, geen pleegvoogdijovereenkomst meer moet afsluiten voor de vrederechter van de gewone verblijfplaats van het kind of voor een notaris.

152. Echter, zoals al eerder vermeld, had de niet-ratificatie door België van het Haags Kinderbeschermingsverdrag, dat de erkenning van de kafala als een op zichzelf staand rechtsinstituut met zich meebrengt, en daaruit voortvloeiend het gebrek aan uniformiteit omtrent de kwalificatie en de erkenning van de juridische gevolgen van een kafala-akte in de Belgische rechtsorde vóór de inwerkingtreding van het Haags Kinderbeschermingsverdrag tot gevolg dat een beslissing hierover van autoriteit tot autoriteit kon verschillen zolang de bevoegde rechtbank zich nog niet over de kwestie had uitgesproken^{266, 267}. Het was dus perfect mogelijk dat een kafala-akte door de ene autoriteit werd erkend als een pleegvoogdijovereenkomst, maar door een andere autoriteit helemaal niet werd erkend of werd beschouwd als bijvoorbeeld een pleegzorg.

153. De jeugdrechtbank van Brussel stelde in haar vonnis van 29 juni 2005 dan ook dat een kafil die zijn gewone verblijfplaats in België heeft er wel degelijk belang bij heeft om, in het kader van zijn in het buitenland verkregen kafala-akte, alsnog een pleegvoogdijovereenkomst af te sluiten en deze vervolgens, overeenkomstig het artikel 475ter, tweede lid BW, te laten homologeren door een Belgische rechter. Dit staat haaks op wat voormalig minister van Justitie, Laurette Onkelinx, hierover had gesteld in haar antwoord op de mondelinge vraag van Clotilde Nyssens over de voogdijvorm “kafala”.²⁶⁸

²⁶⁵ *Supra* 61, nr. 150.

²⁶⁶ Art. 23, §1, eerste lid WIPR en art. 27, §1, vierde lid WIPR.

²⁶⁷ *Supra* 35, nr. 81.

²⁶⁸ Jeugdrb. Brussel 29 juni 2005, *J.dr.jeun.* 2005, afl. 250, 60; N. GALLUS, “La nouvelle loi sur l’adoption”, in J. FRANEAU, N. MASSAGER, N. GALLUS, D. PIRE, J. BOURS, P. WAUTELET, F. COLLIENNE en S. PFEIFF (eds.), *Droit des familles*, Luik, Anthemis, 2007, (109) 153.

Het belang van de kafil ligt volgens de Brusselse jeugdrechtbank in het gegeven om een instelling naar Belgisch recht te zien worden toegepast, wat in de praktijk de erkenning in België van de tenlasteneming van het kind zou vergemakkelijken. Het hof van beroep van Brussel sprak zich in zijn arrest van 28 november 2006 in diezelfde zin uit.²⁶⁹

B. Gevolgen op administratief vlak

154. Een belangrijk gevolg van de niet-ratificatie van het Haags Kinderbeschermingsverdrag door België en daarmee samenhangend het gebrek aan een specifiek beschermingsstatuut inzake kafala op administratief vlak had betrekking op het gegeven dat een kafala-akte in beginsel geen recht doet ontstaan op een machtiging tot verblijf in België van meer dan drie maanden in hoofde van de makfoul.

155. De Raad van State stelde hierover in een arrest van 28 maart 2003 dat het rechtsinstituut van de kafala, omwille van het gegeven dat dit rechtsinstituut geen afstammingsband tot stand brengt tussen de kafil en de makfoul, op zich geen recht op gezinshereniging teweegbrengt waardoor een verzoeker een recht zou verkrijgen op de afgifte van een visum lang verblijf in hoofde van de makfoul door de Belgische staat.²⁷⁰

156. Een verzoeker trachtte in subsidiaire orde ook vaak een machtiging tot verblijf in België van meer dan drie maanden in hoofde van de makfoul te bekomen door middel van een humanitaire regularisatie. Het is in dit verband van belang om onder meer het arrest van 28 mei 2009 te vermelden.²⁷¹

²⁶⁹ Brussel 28 november 2006, *Rev.trim.dr.fam.* 2008, afl. 1, 90.

²⁷⁰ RvS 28 maart 2003, nr. 117.667, www.raadvanstate.be/Arrets/117000/600/117667.pdf#xml=http://www.raadvanstate.be/apps/dtsearch/getpdf.asp?DocId=2699&Index=c%3a%5csoftware%5cdtsearch%5cindex%5carrets%5ffr%5c&HitCount=2&hits=13b+226+&23411320162311; J. MALINGREAU, *International kafala: a right for the child to enter and stay in the member states*, masterproef Europees Privaatrecht Universiteit Amsterdam, 2013, 8 – 9; H. ENGLERT, “La relativité des effets des actes de tutelle étrangers reconnus en Belgique sur le droit de séjour, une politique conforme aux engagements internationaux de la Belgique?”, *ADDE Newsletter* 2010, afl. 60, 2.

²⁷¹ RvV 28 mei 2009, nr. 28.068, *T.Vreemd.* 2009, afl. 4, 331; ADDE, “La kafala en droit marocain: la kafala est-elle considérée en Belgique comme adoption? Quels sont, en Belgique, les effets d’une kafala au niveau administratif: regroupement familial?”, 2015, www.adde.be/ressources/fiches-pratiques/dip/la-kafala-en-droit-marocain#h14-2-quels-sont-en-belgique-les-effets-d-une-kafala-au-niveau-administratif-regroupement-familial.

De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen werd in die zaak in de eerste plaats geconfronteerd met de vraag of een pleegkind kan worden beschouwd als vallend onder de categorie van “minderjarigen ten laste” uit het artikel 13 van het Bilateraal Teverkstellingsakkoord tussen België en Marokko van 17 februari 1964. Dit artikel biedt aan Marokkaanse werknemers die tijdelijk in België werken de mogelijkheid om hun gezinsleden ook naar België te laten overkomen. Verzoekers beriepen zich, in het kader van het artikel 10, §1, 1° van de Vreemdelingenwet, op dit artikel om van de Dienst Vreemdelingenzaken een machtiging tot verblijf van meer dan drie maanden op grond van gezinshereniging te verkrijgen in hoofde van een Marokkaans kind dat zij onder kafala hadden. De Dienst Vreemdelingenzaken weigerde echter hun visumaanvraag ten behoeve van het kind. Verzoekers tekenden tegen die beslissing van de Dienst Vreemdelingenzaken beroep aan bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen.

De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen sloot zich bij arrest van 28 mei 2009 echter aan bij de beslissing van de Dienst Vreemdelingenzaken en verklaarde het beroep van verzoekers dan ook ontvankelijk, doch ongegrond. De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen was immers de mening toegedaan dat met het begrip “minderjarige ten laste” in de zin van het artikel 13 van het Bilateraal Teverkstellingsakkoord tussen België en Marokko van 17 februari 1964 werd bedoeld een “minderjarig kind ten laste”. De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen meende echter dat, omdat het rechtsinstituut van de kafala in tegenstelling tot dat van de adoptie geen afstammingsbanden creëert, het kind van verzoekers niet kon worden beschouwd als een “minderjarig kind ten laste”. Dit laatste had tot gevolg dat aan het kind dat onder kafala was geplaatst geen visum lang verblijf kon worden verleend op grond van gezinshereniging in het kader van het artikel 13 van het akkoord.

De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen werd er in diezelfde zaak in de tweede plaats toe aangezocht een oordeel te vellen over de vraag of datzelfde kind mogelijks in aanmerking kwam voor een visum lang verblijf op grond van humanitaire redenen.²⁷² Verzoekers beriepen zich op deze bepaling omdat zij van mening waren dat de weigering van hun visumaanvraag lang verblijf ten behoeve van het kind een disproportionele inbreuk uitmaakte op het gezinsleven van het kind dat zij onder kafala opvingen.

²⁷² Art. 9bis Wet 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, *BS* 31 december 1980, 14.584.

Echter, het kind onderhield in werkelijkheid in Marokko ook nog een gezinsleven met zijn broers. De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen heeft op grond daarvan de beslissing tot weigering van de visumaanvraag lang verblijf door de Dienst Vreemdelingenzaken in haar arrest van 28 mei 2009 bevestigd. De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen meende immers dat het virtuele gezinsleven in België op grond van de kafala geen ruimere bescherming verdient dan het actuele gezinsleven in het herkomstland. Het rechtsinstituut van de kafala doet namelijk geen afstammingsbanden ontstaan en beperkt zich in feite tot een materieelrechtelijke bijstand ten behoeve van het kind dat onder kafala werd geplaatst. Verzoekers konden volgens de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen uit de kafala dan ook geen recht op de afgifte van een visum door de Belgische staat puren.

Maar, het staat de Dienst Vreemdelingenzaken natuurlijk vrij om afhankelijk van de precieze omstandigheden van elke zaak, bijvoorbeeld wanneer het kind geen enkele band meer heeft met zijn herkomstland, alsnog een visum lang verblijf op grond van humanitaire redenen te verstrekken aan dat kind.²⁷³ De Dienst Vreemdelingenzaken beschikt wat dit betreft over een ruime discretionaire bevoegdheid. Deze humanitaire regularisatie betreft een uitzonderingsprocedure, wat betekent dat zij door een verzoeker slechts kan worden aangewend wanneer hij niet in aanmerking komt voor een andere verblijfsprocedure. De verzoeker moet voor de ontvankelijkheid van zijn verzoek buitengewone omstandigheden kunnen aantonen waardoor het voor hem onmogelijk was om de aanvraag om in België te mogen verblijven, in te dienen vanuit zijn herkomstland. Er moet daarnaast ook sprake zijn van een prangende humanitaire situatie.²⁷⁴ Er werd vóór de inwerkingtreding van het Haags Kinderbeschermingsverdrag in de praktijk door de Dienst Vreemdelingenzaken slechts zelden een visum lang verblijf op grond van humanitaire redenen verstrekt op basis van een voorgedijakte, zoals een kafala-akte.²⁷⁵

²⁷³ ADDE, “La kafala en droit marocain: la kafala est-elle considérée en Belgique comme adoption? Quels sont, en Belgique, les effets d’une kafala au niveau administratif: regroupement familial?”, 2015, www.adde.be/ressources/fiches-pratiques/dip/la-kafala-en-droit-marocain#h14-2-quels-sont-en-belgique-les-effets-d-une-kafala-au-niveau-administratif-regroupement-familial.

²⁷⁴ AGENTSCHAP INTEGRATIE EN INBURGERING, “Humanitaire regularisatie (9bis)”, www.kruispuntmi.be/thema/vreemdelingenrecht-internationaal-privaatrecht/verblijfsrecht-uitwijzing-reizen/humanitaire-regularisatie-9bis.

²⁷⁵ H. ENGLERT, “La relativité des effets des actes de tutelle étrangers reconnus en Belgique sur le droit de séjour, une politique conforme aux engagements internationaux de la Belgique?”, *ADDE Newsletter* 2010, afl. 60, 2 – 3.

De Dienst Vreemdelingenzaken meende dat de verzoeker van een visum lang verblijf op grond van humanitaire redenen een verlaten verklaard kind of weeskind moet zijn dat in zijn herkomstland niet beschikt over enig familielid tot en met de derde graad dat ertoe bereid is om het kind op te vangen.²⁷⁶

Englert, juriste bij l'Association pour le droit des étrangers, haalde hierover in een bijdrage een aantal beslissingen aan van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen waarin zij had geoordeeld dat een kafala-akte op zich geen buitengewone omstandigheid uitmaakt die recht geeft op een visum lang verblijf op grond van humanitaire redenen²⁷⁷ en dit ondanks het gegeven dat de biologische ouders van het kind niet het ouderlijk gezag uitoefenen over dat kind^{278 279}.

Er is volgens de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen ook geen sprake van een buitengewone omstandigheid wanneer blijkt dat het kind al meer dan vijf jaar in België verblijft bij zijn kafil.²⁸⁰ Immers, de duur van het verblijf in België vormt op zich geen buitengewone omstandigheid.²⁸¹

Daarnaast vormen ook het onderwijs, een sociaal precaire situatie in het buitenland of een sterke band tussen het kind en zijn kafil op zich geen buitengewone omstandigheden voor de toekenning van een visum lang verblijf op grond van humanitaire redenen.²⁸²

²⁷⁶ H. ENGLERT, “La relativité des effets des actes de tutelle étrangers reconnus en Belgique sur le droit de séjour, une politique conforme aux engagements internationaux de la Belgique?”, *ADDE Newsletter* 2010, afl. 60, 2.

²⁷⁷ RvV 24 februari 2011, nr. 56659, www.rvv-cc.e.be/sites/default/files/arr/A56659.AN.pdf; RvV 28 februari 2013, nr. 98272, www.rvv-cc.e.be/sites/default/files/arr/A98272.AN.pdf.

²⁷⁸ RvV 11 december 2009, nr. 35718.

²⁷⁹ H. ENGLERT, “La relativité des effets des actes de tutelle étrangers reconnus en Belgique sur le droit de séjour, une politique conforme aux engagements internationaux de la Belgique?”, *ADDE Newsletter* 2010, afl. 60, 2 – 3.

²⁸⁰ RvV 30 april 2009, nr. 26847, www.rvv-cc.e.be/sites/default/files/arr/A26847.AN.pdf.

²⁸¹ RvV 28 februari 2013, nr. 98272, www.rvv-cc.e.be/sites/default/files/arr/A98272.AN.pdf; RvV 31 oktober 2013, nr. 113174, www.rvv-cc.e.be/sites/default/files/arr/A113174.AN.pdf.

²⁸² RvV 29 mei 2009, nr. 28167; RvV 28 februari 2013, nr. 98272, www.rvv-cc.e.be/sites/default/files/arr/A98272.AN.pdf; RvV 31 oktober 2013, nr. 113174, www.rvv-cc.e.be/sites/default/files/arr/A113174.AN.pdf.

De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen sprak zich in een beslissing van 16 januari 2009 daarentegen uit in het voordeel van het kind en zijn kafil door te stellen dat het gegeven dat het kind al bij zijn geboorte in steek werd gelaten door zijn biologische ouders en vanaf de leeftijd van tien jaar werd opgevoed door zijn kafil wel een buitengewone omstandigheid uitmaakt die recht geeft op een visum lang verblijf op grond van humanitaire redenen.²⁸³

157. Englert voerde in diezelfde bijdrage nog een andere mogelijkheid aan voor een makfoul om een verblijfsrecht van meer dan drie maanden in België te verkrijgen, namelijk het artikel 3.2.1 (a) van de Richtlijn 2004/38 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden^{284, 285}. Dit artikel legt aan een ontvangstland de verplichting op om de binnenkomst en het verblijf te vergemakkelijken van niet onder het artikel 2.2 van diezelfde richtlijn vallende familieleden die in hun herkomstland ten laste zijn van of inwonen bij een Unieburger die wettig in België verblijft. Deze bepaling bood volgens Englert de mogelijkheid aan kafils die afkomstig zijn uit een andere EU-lidstaat dan België om in België een verblijfsrecht van meer dan drie maanden te verkrijgen voor hun makfoul, zonder dat zij hiervoor een beroep moesten doen op een adoptieprocedure met als louter doel het verkrijgen van een verblijfsrecht van meer dan drie maanden voor de makfoul. Kafils met de Belgische nationaliteit die nog geen gebruik hebben gemaakt van hun recht op vrij verkeer noch kafils die afkomstig zijn uit een derdeland, zoals Marokko, konden op deze richtlijn een beroep doen. Er kon in de praktijk volgens mij bijgevolg slechts zeer zelden gebruik worden gemaakt van deze richtlijn, aangezien het overgrote merendeel van de kafils hetzij Belg hetzij derdelander is.

158. Het rechtsinstituut van de kafala had vóór de inwerkingtreding van het Haags Kinderbeschermingsverdrag dus geen recht op gezinshereniging tot gevolg, omwille van het gegeven dat de kafala geen afstammingsband tot stand brengt tussen de kafil en de makfoul. Dit gebrek aan een recht op gezinshereniging had op zijn beurt dan weer tot gevolg dat er in het kader van een kafala voor een verzoeker geen recht bestond op de afgifte van een visum lang verblijf op grond van gezinshereniging.

²⁸³ RvV 16 januari 2009, nr. 21532, www.rvv-ccc.be/sites/default/files/arr/A21532.AN.pdf.

²⁸⁴ Richtl.Parl. en Raad nr. 2004/38, 29 april 2004 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden (EEG), *Pb.L.* 30 april 2004, afl. 158, 77.

²⁸⁵ H. ENGLERT, “La relativité des effets des actes de tutelle étrangers reconnus en Belgique sur le droit de séjour, une politique conforme aux engagements internationaux de la Belgique?”, *ADDE Newsletter* 2010, afl. 60, 3.

De enige mogelijkheid die dan nog openstond voor de verzoeker was een visum lang verblijf op grond van humanitaire redenen dat in de praktijk slechts zelden door de Dienst Vreemdelingenzaken werd toegekend.

C. Gevolgen op sociaal vlak

159. Een belangrijk gevolg van de niet-ratificatie van het Haags Kinderbeschermingsverdrag door België en daarmee samenhangend het gebrek aan de erkenning van de kafala als een op zichzelf staand rechtsinstituut op sociaal vlak had betrekking op de niet-toekenning aan de kafil van bepaalde sociale uitkeringen, zoals een adoptiepremie of een premie die daarmee gelijk te stellen is.

160. Het is in dit kader van belang om het arrest van 3 september 2009 te vermelden.²⁸⁶ Zoals al eerder aangehaald, oordeelde het arbeidshof van Bergen in dit arrest dat een in het buitenland gewezen kafala-akte in België niet kan worden beschouwd als een adoptie.²⁸⁷ Echter, het artikel 73quater van de Algemene kinderbijslagwet van 19 december 1939²⁸⁸ bepaalt dat het voorleggen van een adoptieakte een voorwaarde is voor de toekenning van een adoptiepremie. Aangezien een kafala vóór de inwerkingtreding van het Haags Kinderbeschermingsverdrag niet kon worden beschouwd als een adoptie en er dus ook geen adoptieakte voorhanden kon zijn, besliste het arbeidshof van Bergen in deze zaak dat de kafil dan ook geen recht kan hebben op een adoptiepremie. Diezelfde persoon kon daarentegen wel aanspraak maken op kinderbijslag.²⁸⁹

161. De arbeidsrechtbank van Hoei besliste bij vonnis van 7 oktober 2011 in eenzelfde zin als het arbeidshof van Bergen.²⁹⁰ Zoals al eerder vermeld, gingen verzoekers in deze zaak in beroep en stelde het arbeidshof van Luik een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof met betrekking tot de problematiek van de toekenning van een adoptiepremie aan kafils voor hun makfoul.²⁹¹

²⁸⁶ Arbh. Bergen 3 september 2009, *Rev.dr.étr.* 2009, afl. 154, 389, noot.

²⁸⁷ *Supra* 56, nr. 145.

²⁸⁸ Algemene Kinderbijslagwet 19 december 1939, *BS* 22 december 1939, 8.702.

²⁸⁹ FEDERAAL AGENTSCHAP VOOR DE KINDERBIJSLAG (FAMIFED), “Kindsituatie: geplaatste kinderen: in een gezin”, <http://vlaanderen.famifed.be/nl/gezinnen/kindsituatie/een-gezin>.

²⁹⁰ Arbrb. Hoei 7 oktober 2011 (onuitg.).

²⁹¹ *Supra* 57, nr. 145.

De prejudiciële vraag luidde als volgt: “Schendt het artikel 73quater van de Algemene kinderbijslagwet van 19 december 1939, dat de adoptiepremie enkel toekent in het kader van een adoptie of een verzoek tot adoptie en niet in geval van een kafala, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, samen gelezen met het artikel 22bis van de Grondwet, de artikelen 2 en 20 van het Kinderrechtenverdrag, het artikel 8 EVRM en het artikel 1 Eerste Aanvullend Protocol EVRM?”

Het Grondwettelijk Hof oordeelde in deze zaak dat het artikel 73quater van de Algemene kinderbijslagwet van 19 december 1939 geen schending uitmaakt van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, samen gelezen met het artikel 22bis van de Grondwet, de artikelen 2 en 20 van het Kinderrechtenverdrag, het artikel 8 EVRM en het artikel 1 Eerste Aanvullend Protocol EVRM, gelet op de essentiële verschillen die er bestaan tussen het rechtsinstituut van de kafala en dat van de adoptie. Het Grondwettelijk Hof was bovendien van mening dat de weigering om een adoptiepremie toe te kennen bij een kafala voor het kind geen onevenredige gevolgen heeft, aangezien de kafala-akte wel recht geeft op kinderbijslag.²⁹²

4.3. ERKENNING NA DE INWERKINGTREDING VAN HET HAAGS KINDERBESCHERMINGSVERDRAG

162. Zoals al eerder aangekaart, stelt zich nu de vraag of de inwerkingtreding in België van het Haags Kinderbeschermingsverdrag de problematiek omtrent de erkenning van een buitenlandse kafala-akte in België en daarmee samenhangend haar gevolgen op burgerlijk, administratief en sociaal vlak heeft opgelost.²⁹³

163. Ik heb al vermeld dat het Haags Kinderbeschermingsverdrag in het artikel 3, e) juncto het artikel 23, eerste lid aan de verdragsluitende staten immers de verplichting oplegt om de kafala te erkennen als een op zichzelf staand rechtsinstituut.²⁹⁴ Een kafala moet dus door de verdragsluitende staten voortaan expliciet worden erkend als een kafala en mag niet meer worden gekwalificeerd als een in hun land reeds bestaand rechtsinstituut dat vergelijkbaar is met dat van de kafala, zoals dat van de pleegvoogdij.

²⁹² GwH 19 juni 2013, *A.GrwH* 2013, afl. 3, 1357.

²⁹³ *Supra* 35, nr. 82.

²⁹⁴ *Supra* 35, nr. 82.

164. Deze expliciete erkenning als een kafala heeft tot gevolg dat de bevoegde autoriteit van een verdragsluitende staat die overgaat tot de erkenning van een in het buitenland gewezen kafala-akte zonder meer ook de rechtsgevolgen van het rechtsinstituut van de kafala moet toekennen aan verzoekers en dus niet langer de rechtsgevolgen van een in haar land reeds bestaand rechtsinstituut.

De vraag stelt zich wat nu precies de rechtsgevolgen zijn van de kafala. Het Haags Kinderbeschermingsverdrag zelf bepaalt hierover niets. Het ‘Explanatory Report on the 1996 Hague Child Protection Convention’ dat werd opgesteld door professor Paul Lagarde heeft evenmin deze problematiek verduidelijkt. Men is het er in de praktijk over eens geraakt dat de bevoegde autoriteit van een verdragsluitende staat ter bepaling hiervan rekening moet houden met de rechtsgevolgen die in het land waar de kafala-akte werd opgesteld aan de kafala worden toegekend.²⁹⁵ Bijvoorbeeld, een kafil wiens Marokkaanse kafala-akte wordt erkend in een verdragsluitende staat zal ten gevolge van die erkenning het recht verkrijgen op sociale uitkeringen in dat land net zoals een ouder voor zijn kind, zoals kinderbijslag, aangezien een kafala dit recht volgens de Wet n° 15-01 van 13 juni 2002 betreffende de tenlasteneming van verlaten kinderen doet ontstaan²⁹⁶. De voorwaarden waaraan door de kafil en zijn makfoul moeten zijn voldaan ter verkrijging van zo een sociale uitkering worden dan weer bepaald door de wetgeving van de verdragsluitende staat zelf, bijvoorbeeld: tot aan welke leeftijd opent de makfoul het recht op sociale uitkeringen? De ratio hiervan ligt in het artikel 15, derde lid van het Haags Kinderbeschermingsverdrag dat stelt dat wanneer de gewone verblijfplaats van het kind wordt verplaatst naar een andere verdragsluitende staat het recht van die andere staat vanaf het moment van de verplaatsing de wijze van uitvoering van de in de staat van de vorige gewone verblijfplaats genomen maatregelen beheerst.

Een ander voorbeeld dat ter verduidelijking hiervan kan worden gegeven, is het concept van de vertegenwoordiging van de makfoul in alle burgerrechtelijke handelingen door de kafil die aan de kafil wordt toegekend in het kader van zijn uitoefening van het ouderlijk gezag over het kind²⁹⁷.

²⁹⁵ N. MARCAL ESCALONA, “La reconnaissance de la kafala marocaine dans l’ordre juridique espagnol”, *Rev. crit. dr. intern. privé* 2015, afl. 1, (89) 93.

²⁹⁶ *Supra* 28, nr. 65.

²⁹⁷ *Supra* 28, nr. 67.

De erkenning van bijvoorbeeld een Marokkaanse kafala-akte door een verdragsluitende staat heeft zonder meer tot gevolg dat de kafil ook in die verdragsluitende staat zijn makfoul kan vertegenwoordigen in alle burgerrechtelijke handelingen. Het zal echter de wetgeving zijn van de verdragsluitende staat zelf, bijvoorbeeld Spanje, die zal bepalen welke precies de voorwaarden en de beperkingen zijn waaronder de kafil dit recht kan uitoefenen.²⁹⁸

165. De in de vorige paragraaf besproken artikelen 3, e) en 23, eerste lid van het Haags Kinderbeschermingsverdrag gaan hand in hand met het hoger besproken artikel 33 van datzelfde verdrag²⁹⁹. Het artikel 33 van het Haags Kinderbeschermingsverdrag vormt, zoals al eerder vermeld, de basis voor de invoering in België van een specifiek beschermingsstatuut voor makfouls die niet naar België zijn gekomen met het oog op een adoptie of voor makfouls die beschikken over een kafala-akte die niet voldoet aan de voorwaarden die nodig zijn voor een omzetting ervan in een adoptie.³⁰⁰

166. Echter, het artikel 33 van het Haags Kinderbeschermingsverdrag werd vooralsnog niet geïmplementeerd in de Belgische rechtsorde en wordt dus voorlopig nog niet toegepast in de praktijk. De erkenning in België van een in het buitenland gewezen kafala-akte gebeurt tot op de dag van vandaag dus nog steeds zoals besproken in het punt 4.2.3 van deze masterproef met de daarmee gepaard gaande nadelige gevolgen op burgerlijk, administratief en sociaal vlak, ook al is het Haags Kinderbeschermingsverdrag reeds sinds 1 september 2014 formeel in België van toepassing.

167. De vraag stelt zich hoe het komt dat de bevoegde wetgevende instantie nog niet heeft gezorgd voor een implementatie van het artikel 33 van het Haags Kinderbeschermingsverdrag in de Belgische rechtsorde. Prof. dr. Wuyts, raadgever burgerlijk recht op het kabinet van minister van Justitie, Koen Geens, wist mij hierover te vertellen dat men het er vooralsnog niet over eens is wie nu precies bevoegd is voor de uitwerking van dit specifiek beschermingsstatuut inzake kafala: de federale wetgever in het kader van zijn regelgevende bevoegdheid met betrekking tot het statuut van minderjarige kinderen of de gemeenschappen in het kader van hun jeugdbeschermingsbevoegdheid.

²⁹⁸ N. MARCAL ESCALONA, “La reconnaissance de la kafala marocaine dans l’ordre juridique espagnol”, *Rev. crit. dr. intern. privé* 2015, afl. 1, (89) 93.

²⁹⁹ *Supra* 34, nr. 80.

³⁰⁰ *Supra* 35, nr. 82.

Pas wanneer men erin slaagt om hierover tot een consensus te komen, kunnen door de uiteindelijk bevoegd bevonden wetgevende instantie de nodige stappen worden ondernomen voor een implementatie van het artikel 33 van het Haags Kinderbeschermingsverdrag in de Belgische rechtsorde.

168. Het huidige gebrek aan de implementatie van het artikel 33 van het Haags Kinderbeschermingsverdrag in de Belgische rechtsorde heeft tot gevolg dat het voorlopig nog af te wachten valt welke concrete gevolgen de invoering van een specifiek beschermingsstatuut inzake kafala zal hebben en dan vooral op burgerlijk, administratief en sociaal vlak, zoals de eventuele toekenning van een verblijfsrecht in België van meer dan drie maanden aan makfouls die niet naar België zijn gekomen met het oog op een adoptie of van wie de kafala-akte niet kan worden omgezet in een adoptie. Dit laatste is, zoals al eerder vermeld, voorlopig in beginsel nog niet het geval.³⁰¹

169. Het lijkt mij interessant om voor de uitwerking in de Belgische rechtsorde van een specifiek beschermingsstatuut inzake kafala eens te gaan kijken naar hoe andere EU-lidstaten die in hun rechtsorde al werden geconfronteerd met de problematiek rond de erkenning van een kafala als een op zichzelf staand rechtsinstituut en daarmee samenhangend de implementatie van het artikel 33 van het Haags Kinderbeschermingsverdrag en waar het Haags Kinderbeschermingsverdrag reeds enige tijd van toepassing is, zijn omgegaan met dit probleem.

171. Wat betreft Nederland, is het Haags Kinderbeschermingsverdrag daar al van toepassing sinds 1 mei 2011.³⁰² Er is omtrent de problematiek van de erkenning van rechtswege van de kafala-akte op grond van dat verdrag voorlopig slechts één vonnis in de Nederlandse gepubliceerde rechtspraak terug te vinden, namelijk een vonnis van de rechtbank van Oost-Brabant van 27 februari 2013.³⁰³ Het ging in deze zaak om een vraag tot erkenning van een gerechtelijke kafala-akte die aan verzoeker (en tevens de vader van het kind) in de loop van 2008 was toegekend door de rechtbank van eerste aanleg in Berkane, Marokko.

³⁰¹ *Supra* 63, nr. 154.

³⁰² Verdrag van Den Haag inzake de bevoegdheid, het toepasselijke recht, de erkenning, de tenuitvoerlegging en de samenwerking op het gebied van ouderlijke verantwoordelijkheid en maatregelen ter bescherming van kinderen van 19 oktober 1996: verdragsstaten, *Hague Conference on Private International Law*, www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=70.

³⁰³ Rb. Oost-Brabant ('s-Hertogenbosch) 27 februari 2013, *NIPR* 2013, afl. 2, 230.

De moeder van het kind had kort daarvoor afstand gedaan van haar kind. Verzoeker vroeg in deze zaak expliciet om de erkenning van rechtswege van zijn in het buitenland verkregen kafala-akte met de daarbij horende rechtsgevolgen op grond van het artikel 3, e) juncto het artikel 23, eerste lid van het Haags Kinderbeschermingsverdrag en wenste dus de erkenning van wat de rechtbank in Marokko had beslist. De rechtbank van Oost-Brabant kende dit verzoek uiteindelijk toe. In tegenstelling tot wat momenteel nog het geval is in België³⁰⁴, kan een kafala-akte in Nederland sinds 1 mei 2011 dus ogenschijnlijk wel zonder meer worden erkend als een op zichzelf staand rechtsinstituut met de daarbij horende rechtsgevolgen die aan de kafala worden toegekend door het land waar de kafala-akte werd opgesteld, in casu Marokko.

Er was daarentegen vóór de inwerkingtreding van het Haags Kinderbeschermingsverdrag in Nederland in beginsel geen erkenning van rechtswege mogelijk van een kafala-akte.³⁰⁵ De eventuele toelating van een makfoul tot het Nederlandse grondgebied zonder het oog op een adoptie werd vóór de inwerkingtreding van het Haags Kinderbeschermingsverdrag geregeld door het rechtsinstituut van het pleegouderschap, zoals bepaald in het artikel 10 van de Uitvoeringswet voor pleeggezinplaatsing³⁰⁶, dat slechts onder strikte voorwaarden kon worden toegestaan.³⁰⁷ Dit rechtsinstituut stemt in België overeen met dat van de pleegzorg.

172. Wat betreft Spanje, is het Haags Kinderbeschermingsverdrag daar in werking getreden op 1 januari 2011.³⁰⁸ Er zou sinds 1 januari 2011 dus ook in Spanje in beginsel een erkenning van rechtswege mogelijk moeten zijn van een in het buitenland gewezen kafala-akte als een op zichzelf staand rechtsinstituut. Deze erkenning van rechtswege heeft daar vooral aan belang gewonnen in de relatie tussen Spanje en Marokko, omdat er sinds 2013 geen omzetting meer mogelijk is van een Marokkaanse kafala-akte in een Spaanse adoptie³⁰⁹.

³⁰⁴ *Supra* 71, nr. 166.

³⁰⁵ N. O. TOUHAMI, *Kafala – zwakke adoptie: een onderzoek naar de versterking van de positie van Nederlandse pleegouders van een gewortelde alleenstaande minderjarige vreemdeling*, masterproef Rechten Universiteit Tilburg, 2013, 28.

³⁰⁶ D. VAN ITERSOM, *Ouderlijke verantwoordelijkheid en kindbescherming*, Antwerpen, Maklu, 2011, 90.

³⁰⁷ *Vr. en Antw.* Kamer 2004 – 05, Vr. nr. 527, 18 oktober 2004 (N. ALBAYRAK en K. DE VRIES).

³⁰⁸ Verdrag van Den Haag inzake de bevoegdheid, het toepasselijke recht, de erkenning, de tenuitvoerlegging en de samenwerking op het gebied van ouderlijke verantwoordelijkheid en maatregelen ter bescherming van kinderen van 19 oktober 1996: verdragsstaten, *Hague Conference on Private International Law*, www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=70.

³⁰⁹ *Infra* 97 – 98, nr. 205.

Een verzoek tot erkenning van rechtswege van zijn Marokkaanse kafala-akte met de toekenning van de daarbij horende rechtsgevolgen die door Marokko aan de kafala worden gegeven, is daarom sinds 2013 voor een kafil die in Spanje verblijft de beste optie om alsnog een zekere juridische band te verkrijgen met zijn makfoul.

Vóór de inwerkingtreding van het Haags Kinderbeschermingsverdrag in Spanje werd een kafala zonder het oog op een adoptie door het artikel 34 van de Wet n° 54/2007 van 28 december 2007 betreffende de internationale adoptie³¹⁰ beschouwd als een pleegzorg. Deze bepaling was in overeenstemming met de ‘Resolucion – Circular of the Direccion General de los Registros y del Notariado’ van 15 juli 2006 die de kafala definieert als een kindbeschermingsmaatregel die gelijkwaardig is aan een Spaanse pleegzorg en niet aan een voogdij.³¹¹ Gelet op het feit dat de pleegzorg een minder verregaand rechtsinstituut is dan dat van de kafala, bijvoorbeeld door de afwezigheid van een overdracht van het ouderlijk gezag in hoofde van de kafil over de makfoul³¹², betekende de inwerkingtreding van het Haags Kinderbeschermingsverdrag met zijn erkenning van rechtswege van een kafala-akte en de daarbij horende rechtsgevolgen goed nieuws voor de in Spanje verblijvende kafils en hun makfouls die sindsdien een grotere juridische bescherming zouden moeten kunnen verkrijgen dan voorheen het geval was.

173. Wat betreft Frankrijk, is het Haags Kinderbeschermingsverdrag daar al van toepassing sinds 1 februari 2011.³¹³ Het is echter pas sinds de uitvaardiging van de Circulaire van 22 oktober 2014 betreffende de rechtsgevolgen van een kafala-akte in Frankrijk dat de Franse minister van Justitie eindelijk duidelijkheid heeft geschept omtrent het bestaan van de mogelijkheid tot een erkenning van rechtswege van een buitenlandse kafala-akte in Frankrijk.³¹⁴

³¹⁰ LEY 54/2007 (ES), de 28 de diciembre, de Adopción internacional, *BOE* (n° 312) 29 december 2007, 53.676.

³¹¹ A. BORRAS, “The protection of the rights of children and the recognition of kafala” in VAN LOON, J. H. A. (ed.), *A Commitment to Private International Law. Essays in honour of Hans van Loon*, Cambridge, Intersentia, 2013, (77) 82.

³¹² *Supra* 54, nr. 138.

³¹³ Verdrag van Den Haag inzake de bevoegdheid, het toepasselijke recht, de erkenning, de tenuitvoerlegging en de samenwerking op het gebied van ouderlijke verantwoordelijkheid en maatregelen ter bescherming van kinderen van 19 oktober 1996: verdragsstaten, *Hague Conference on Private International Law*, www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=70.

³¹⁴ Circulaire (FR) 22 oktober 2014 relative aux effets juridiques du recueil légal en France, *Bulletin Officiel du Ministère de la Justice* n° 2014-11 28 november 2014, www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/JUSC1416688C.pdf.

Er bestond hierover tot dan toe heel wat rechtsonzekerheid zodat een beslissing tot erkenning van rechtswege van een buitenlandse kafala-akte in Frankrijk van autoriteit tot autoriteit sterk kon verschillen.³¹⁵

De Franse minister van Justitie stelde op pagina 4 van de Circulaire van 22 oktober 2014 betreffende de rechtsgevolgen van een kafala in Frankrijk dat een in het buitenland gewezen kafala-akte in beginsel van rechtswege moet worden erkend in Frankrijk, zonder dat enige formaliteit is vereist. Let wel, het gaat hier enkel om een erkenning van rechtswege van een gerechtelijke kafala-akte. De bevoegde Franse autoriteiten blijken echter in de praktijk vaak nog steeds deze verplichting tot een erkenning van rechtswege te negeren waardoor verzoekers, eenmaal zij terug in Frankrijk zijn, alsnog worden geconfronteerd met een erkenningsweigering van hun in het buitenland verkregen gerechtelijke kafala-akte.³¹⁶ Dit zou in feite niet meer mogen voorkomen, want de Circulaire is in verband met deze materie zeer duidelijk en niet voor enige dubbelzinnigheid vatbaar.

En zelfs indien een bevoegde autoriteit overgaat tot de erkenning van rechtswege van een buitenlandse gerechtelijke kafala-akte in Frankrijk lijkt die kafala in Frankrijk, in tegenstelling tot wat in Nederland³¹⁷ en in Spanje³¹⁸ het geval is, niet te worden erkend als een op zichzelf staand rechtsinstituut met de daarbij horende rechtsgevolgen, maar past men de rechtsgevolgen van de voogdij of deze van de overdracht van het ouderlijk gezag toe op de kafala al naargelang het gaat om een wees, een verlaten verklaard kind of een kind wiens ouders niet gekend zijn respectievelijk een kind wiens ouders wel gekend zijn en nog in leven zijn.³¹⁹ Deze praktijk die volgens de Circulaire door de bevoegde Franse autoriteiten moet worden toegepast, is echter niet helemaal correct, aangezien geen van beide rechtsinstituten volledig identiek is aan dat van de kafala.³²⁰

³¹⁵ *Vr. en Antw.* Senaat, Vr. n° 0716S, 27 februari 2014 (R. YUNG).

³¹⁶ A. ABIDA, “De la reconnaissance progressive de la kafala judiciaire et de ses effets”, 2016, www.village-justice.com/articles/reconnaissance-progressive-kafala,22043.html.

³¹⁷ *Supra* 72 – 73, nr. 171.

³¹⁸ *Supra* 73, nr. 172.

³¹⁹ Circulaire (FR) 22 oktober 2014 relative aux effets juridiques du recueil légal en France, *Bulletin Officiel du Ministère de la Justice n° 2014-11 28* november 2014, www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/JUSC1416688C.pdf, 7 – 8.

³²⁰ *Supra* 54, nr. 144.

Men gaat op die manier voor een stuk de rechtsgevolgen die aan de kafala volgens het land waar de akte werd gewezen, moeten worden toegekend en die niet tot stand komen bij een voogdij of bij een overdracht van het ouderlijk gezag ontnemen, zoals de mogelijkheid tot naamsoverdracht en de verplichting tot het verstrekken van levensonderhoud. De minister van Justitie had in zijn Circulaire daarom beter, net zoals in Nederland en in Spanje, geopteerd voor een erkenning van de kafala als een op zichzelf staand rechtsinstituut en daarmee samenhangend de rechtsgevolgen die daar volgens het land waar de kafala-akte werd opgesteld, moeten aan worden toegekend.³²¹

174. Wat betreft het Verenigd Koninkrijk, is het Haags Kinderbeschermingsverdrag daar al sinds 1 november 2012 van toepassing.³²² Een kafala-akte zou dus ook daar van rechtswege moeten kunnen worden erkend met de daarbij horende rechtsgevolgen die door het land waar de kafala-akte werd opgesteld aan de kafala worden toegekend. Echter, het Verenigd Koninkrijk heeft vooralsnog geen specifiek beschermingsstatuut inzake kafala uitgewerkt.³²³ Net zoals het geval is in Frankrijk³²⁴, past het Verenigd Koninkrijk voorlopig nog de rechtsgevolgen van een in dat land reeds bestaand rechtsinstituut toe op een buitenlandse kafala-akte in plaats van die kafala-akte te gaan erkennen als een op zichzelf staand rechtsinstituut, namelijk deze van de “speciale voogdij”.³²⁵

Deze “speciale voogdij” wordt nader omschreven in het deel 8, paragraaf 309 (A) van de ‘Adoption and Children Act’ van 2002³²⁶. Dit rechtsinstituut is vergelijkbaar met dat van de gewone adoptie, zoals gekend in het Belgische en het Franse rechtssysteem, en wordt daarom in het Verenigd Koninkrijk beschouwd als een de facto adoptie. Het ouderlijk gezag over het kind wordt toegekend aan een speciale voogd, de kafil, zonder dat de banden tussen de makfoul en zijn oorspronkelijke familie worden verbroken.

³²¹ M. FARGE, “Efficacité des jugements étrangers en France” in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2013, z.p.

³²² Verdrag van Den Haag inzake de bevoegdheid, het toepasselijke recht, de erkenning, de tenuitvoerlegging en de samenwerking op het gebied van ouderlijke verantwoordelijkheid en maatregelen ter bescherming van kinderen van 19 oktober 1996: verdragsstaten, *Hague Conference on Private International Law*, www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=70.

³²³ U. M. ASSIM en J. SLOTH-NIELSEN, “Islamic kafalah as an alternative care option for children deprived of a family environment”, *African Human Rights Law Journal* 2014, (322) 339.

³²⁴ *Supra* 75, nr. 173.

³²⁵ J. MALINGREAU, *International kafala: a right for the child to enter and stay in the member states*, masterproef Europees Privaatrecht Universiteit Amsterdam, 2013, 6 – 7.

³²⁶ Adoption and Children Act (GB) 7 november 2002, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/38>.

De bedoeling van de toepassing van de “speciale voogdij” in het kader van de kafala is volgens het Verenigd Koninkrijk om de makfoul, in geval die niet kan terugkeren naar zijn biologische ouders in het herkomstland, toch een zekere vorm van stabiliteit te geven.³²⁷ Ter ondersteuning hiervan, verleent het rechtsinstituut van de “speciale voogdij” de makfoul een verblijfsrecht van meer dan drie maanden in het Verenigd Koninkrijk.³²⁸

Er moet voor de toekenning van zo een “speciale voogdij” zijn voldaan aan twee belangrijke voorwaarden: de makfoul en zijn kafil moeten voor een periode van minstens achttien maanden met elkaar hebben samengeleefd, waarvan sowieso twaalf maanden onmiddellijk voorafgaand aan het verzoek tot erkenning van de buitenlandse kafala-akte in het Verenigd Koninkrijk, en de kafil moet gedurende die termijn de rol van de biologische ouders van het kind op zich hebben genomen zodat er sprake is van een werkelijke overdracht van het ouderlijk gezag. De vervulling van deze vereisten laat de Engelse rechter toe om te oordelen dat de makfoul en zijn kafil een effectieve band hebben met elkaar, dat de toekenning van zo een de facto adoptie in het belang is van het kind zelf en dat er geen sprake is van de toekenning van een valse adoptie.³²⁹

175. Het is tot slot van belang om ook Italië te vermelden. Italië heeft het Haags Kinderbeschermingsverdrag pas zeer recentelijk geratificeerd, namelijk op 30 september 2015. Het verdrag is daar nog maar sinds 1 januari 2016 van toepassing.³³⁰

Het is echter, net zoals in België³³¹, voorlopig nog wachten op de implementatie in de Italiaanse rechtsorde van de relevante bepalingen van het Haags Kinderbeschermingsverdrag in verband met de kafala.³³²

³²⁷ J. MALINGREAU, *International kafala: a right for the child to enter and stay in the member states*, masterproef Europees Privaatrecht Universiteit Amsterdam, 2013, 6 – 7.

³²⁸ GRANDPARENTS’ ASSOCIATION, “Special guardianship orders”, www.familylives.org.uk/advice/your-family/fostering-adoption-kinshipcare/special-guardianship-orders/.

³²⁹ R. DUCA, “Family reunification: the case of the muslim migrant children in Europe”, *Athens Journal of Social Sciences* 2014, (111) 118 – 119.

³³⁰ Verdrag van Den Haag inzake de bevoegdheid, het toepasselijke recht, de erkenning, de tenuitvoerlegging en de samenwerking op het gebied van ouderlijke verantwoordelijkheid en maatregelen ter bescherming van kinderen van 19 oktober 1996: verdragsstaten, *Hague Conference on Private International Law*, www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=70; HCCH, “Italy ratifies the 1996 Hague Protection of Children Convention”, 2015, www.hcch.net/en/news-archive/details/?varevent=431.

³³¹ *Supra* 71, nr. 166.

Het Italiaanse parlement heeft hierover de voorbije maanden een wetsvoorstel onderzocht, met name de DDL 1552-bis “norme di adeguamento dell’ordinamento interno alla Convenzione sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l’esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori, fatta all’Aja il 19 ottobre 1996” die specifieke bepalingen bevat voor de regeling van de voorwaarden en de rechtsgevolgen die aan de erkenning van een in buitenland genomen kinderbeschermingsmaatregel, zoals de kafala, moeten worden gekoppeld. Het is nu aan het Italiaanse parlement om te bekijken of het wetsvoorstel in overeenstemming is met de huidige Italiaanse wetgeving, meer bepaald met de Wet n° 184/1983³³³ en met het concept van kinderbescherming zoals dat bestaat in Italië.³³⁴

Men was het er vóór de inwerkingtreding van het Haags Kinderbeschermingsverdrag over eens dat een kafala niet kan worden vergeleken met een in Italië reeds bestaand rechtsinstituut, waardoor een in het buitenland gewezen kafala-akte geen enkele uitwerking kon verkrijgen in Italië.³³⁵ Zo weigerde de rechtbank van Trento in een vonnis van 11 maart 2003 enig rechtsgevolg toe te kennen aan een buitenlandse kafala-akte.³³⁶ De erkenning van rechtswege van een kafala door de bevoegde Italiaanse autoriteiten en daarmee samenhangend de implementatie ervan in de Italiaanse rechtsorde zou voor de in Italië verblijvende kafils die zich naar een Maghreb-land begeven om daar een kafala-akte te verkrijgen dan ook goed nieuws betekenen. Dit zou hen toelaten om toch enige juridische bescherming te verkrijgen in hoofde van hun makfoul, wat voorheen niet het geval was.

³³² X., “Minor. Italy takes time recognition of kafala, adoption islamic”, 2015, www.gruppoeuropa.net/en/news/minori-litalia-prende-tempo-sul-riconoscimento-della-kafala-ladozione-islamica/.

³³³ Law n° 184 (IT) 4 mei 1983, Children’s right to a family, *Official Journal* (n° 133) 17 mei 1983, www.commissioneadozioni.it/media/66415/law%20184%20_1983%20_%20rev.pdf.

³³⁴ E. DATO, ‘Kafala, la convenzione è in vigora ma l’attuazione è un pasticcio’, *Vita*, 16 februari 2016, www.vita.it/it/article/2016/02/16/kafala-la-convenzione-e-in-vigore-ma-lattuazione-e-un-pasticcio/138326/.

³³⁵ E. DATO, ‘Kafala, la convenzione è in vigora ma l’attuazione è un pasticcio’, *Vita*, 16 februari 2016, www.vita.it/it/article/2016/02/16/kafala-la-convenzione-e-in-vigore-ma-lattuazione-e-un-pasticcio/138326/.

³³⁶ V. BREDA, “Shari’a Law in Catholic Italy: A Non-agnostic Model of Accomodation” in A. POSSAMAI, J. T. RICHARDSON en B. S. TURNER (eds.), *The Sociology of Shari’a: Case Studies from around the World*, Zwitersland, Springer, 2015, (119) 127.

176. Het voorgaand rechtsvergelijkend onderzoek in aanmerking genomen, kan worden besloten dat de bevoegde Belgische autoriteiten, in afwachting van de erkenning van een kafala als een op zichzelf staand rechtsinstituut en daarmee samenhangend de implementatie van het artikel 33 van het Haags Kinderbeschermingsverdrag, voorlopig nog quasi dezelfde handelingswijze hanteren als de bevoegde autoriteiten in Frankrijk en in het Verenigd Koninkrijk. Men zal de in het buitenland verkregen kafala-akte weliswaar van rechtswege erkennen, maar men zal er de rechtsgevolgen van een in België reeds bestaand rechtsinstituut op toepassen en dus niet de rechtsgevolgen die volgens het land waar de kafala-akte werd gewezen, aan de kafala moeten worden toegekend.

Het enige verschil tussen de Belgische en de Franse handelingswijze bestaat hierin dat de Franse minister van Justitie in de Circulaire wel heeft verduidelijkt met welk Franse rechtsinstituut een buitenlandse kafala-akte moet worden gelijkgesteld.³³⁷ Dit is niet het geval in België, waar de kwalificatie van een kafala-akte en de daarmee samenhangende rechtsgevolgen van autoriteit tot autoriteit kunnen verschillen.³³⁸ België zou voor de erkenning van rechtswege van een kafala-akte en de implementatie van het artikel 33 van het Haags Kinderbeschermingsverdrag daarentegen beter een voorbeeld nemen aan Nederland³³⁹ en Spanje³⁴⁰, waar de kafala sinds de inwerkingtreding van het Haags Kinderbeschermingsverdrag wel wordt erkend als een op zichzelf staand rechtsinstituut.

5. MOGELIJKHEID TOT OMZETTING VAN EEN KAFALA-AKTE IN EEN ADOPTIE

5.1. RATIO LEGIS VAN DE MOGELIJKHEID TOT OMZETTING VAN EEN KAFALA-AKTE IN EEN ADOPTIE

177. De niet-gelijkstelling van een kafala met een adoptie door de bevoegde Belgische autoriteiten³⁴¹ heeft tot gevolg dat een kafala-akte in België niet rechtstreeks kan worden erkend als een adoptie.³⁴²

³³⁷ *Supra* 75, nr. 173.

³³⁸ *Supra* 35, nr. 81.

³³⁹ *Supra* 72 – 73, nr. 181.

³⁴⁰ *Supra* 73, nr. 172.

³⁴¹ *Supra* 56, nr. 145.

Echter, het overgrote merendeel van de personen die zich vanuit België naar het buitenland begeven om daar een kind door middel van een plaatsing onder kafala aan hen te laten toevertrouwen, doet dit met het oog op de verkrijging van een adoptie.³⁴³ Aangezien hun buitenlandse kafala-akte door de bevoegde autoriteiten in België niet rechtstreeks zal kunnen worden erkend als een adoptie, wensen de kafils dan ook dat, eenmaal zij terug in België zijn, hun in het buitenland verkregen kafala-akte zo snel mogelijk wordt omgezet in een Belgische adoptie. De Dienst Vreemdelingenzaken (vóór de inwerkingtreding van de Wet van 24 april 2003 tot hervorming van de adoptie) en de federale wetgever (na de inwerkingtreding van de Wet van 24 april 2003 tot hervorming van de adoptie) hebben gepoogd aan deze behoefte tegemoet te komen door de invoering van een specifieke procedure met betrekking tot de omzetting van een kafala-akte in een adoptie.

5.2. OMZETTING VOOR DE INWERKINGTREDING VAN DE WET VAN 24 APRIL 2003 TOT HERVORMING VAN DE ADOPTIE

178. De omzetting van een kafala-akte in een adoptie verliep vóór de inwerkingtreding op 1 september 2005 van de Wet van 24 april 2003 tot hervorming van de adoptie zonder problemen. Een omzendbrief van de Dienst Vreemdelingenzaken voorzag in de omzetting van een kafala-akte in een adoptie. De kandidaat-adoptanten dienden in België een adoptieakte te laten opstellen door de vrederechter of door een notaris en deze akte vervolgens ter homologatie voor te leggen aan de rechtbank van eerste aanleg.³⁴⁴ Deze homologatie bleek in de praktijk vaak slechts een formaliteit te zijn. Immers, de rechter werd in zo een situatie dikwijls voor een voldongen feit gesteld om tot de homologatie van de adoptieakte over te gaan, aangezien het kind al een geruime tijd in zijn nieuwe familie werd opgevangen en het dus in strijd zou zijn geweest met zijn belangen om de adoptie alsnog te weigeren.

³⁴² S. LAFFINEUR, “La kafala de droit marocain et la nouvelle adoption belge en quête d’harmonie” in J. RENCHON e.a. (eds.), *Les nouveaux aspects juridiques de l’adoption: quelques thématiques spécifiques*, Brussel, Larcier, 2009, (269) 305; X., “L’adoption dans les pays du Maghreb”, www.espace-citoyen.be/article/322-l-adoption-dans-les-pays-du-maghreb/.

³⁴³ S. LAFFINEUR, “La kafala de droit marocain et la nouvelle adoption belge en quête d’harmonie” in J. RENCHON e.a. (eds.), *Les nouveaux aspects juridiques de l’adoption: quelques thématiques spécifiques*, Brussel, Larcier, 2009, (269) 318.

³⁴⁴ N. GALLUS, “La nouvelle loi sur l’adoption”, in J. FRANEAU e.a. (eds.), *Droit des familles*, Luik, Anthemis, 2007, (109) 153; X., “L’adoption dans les pays du Maghreb”, www.espace-citoyen.be/article/322-l-adoption-dans-les-pays-du-maghreb/.

Een adoptie bleek uiteindelijk meer iets contractueels te zijn dan een rechterlijke beslissing.³⁴⁵ De rechter had wel nog de verplichting om het verzoek tot homologatie van de adoptieakte te toetsen aan het oude artikel 344 BW. Dit artikel bevatte een verwijzingsregel met betrekking tot het toepasselijke recht.³⁴⁶ Wanneer het kind dat de kandidaat-adoptanten wensten te adopteren ouder was dan vijftien jaar kon een adoptie slechts worden toegestaan indien er was voldaan aan de voorwaarden die de nationale wet van zowel het kandidaat-adoptiekind als de kandidaat-adoptanten oplegde. Omdat het nationaal recht van een kind dat afkomstig is uit een Maghreb-land het rechtsinstituut van de adoptie niet erkent (behalve het Tunesische recht)³⁴⁷, was het niet mogelijk om de adoptie uit te spreken van zo een kind ouder dan vijftien jaar.³⁴⁸ Wanneer het kind jonger was dan vijftien jaar moest er enkel zijn voldaan aan de voorwaarden die het nationale recht van de kandidaat-adoptanten stelde opdat de adoptieakte kon worden gehomologeerd.³⁴⁹ Dit was in beginsel het Belgische recht. Het Belgische recht was ook van toepassing wanneer de kandidaat-adoptanten weliswaar de Marokkaanse nationaliteit hadden, maar reeds sinds vijf jaar in België verbleven en de makfoul hier ook al twee jaar was.

179. Echter, deze soepele homologatieprocedure werd door de invoering van de Wet van 24 april 2003 tot hervorming van de adoptie³⁵⁰ abrupt afgeschaft. Deze nieuwe adoptiewet had tot gevolg dat er vanaf 1 september 2005 voor kandidaat-adoptanten volstrekt geen mogelijkheid meer was om over te gaan tot de adoptie van een kind dat aan hen door middel van een plaatsing onder kafala was toevertrouwd. Dit was natuurlijk allesbehalve wenselijk, aangezien er zich bijvoorbeeld in Marokko heel wat verlaten kinderen bevonden die in aanmerking kwamen voor een adoptie.³⁵¹

³⁴⁵ S. LAFFINEUR, “La kafala de droit marocain et la nouvelle adoption belge en quête d’harmonie” in J. RENCHON e.a. (eds.), *Les nouveaux aspects juridiques de l’adoption: quelques thématiques spécifiques*, Brussel, Larcier, 2009, (269) 306 – 307.

³⁴⁶ S. LAFFINEUR, “La kafala de droit marocain et la nouvelle adoption belge en quête d’harmonie” in J. RENCHON e.a. (eds.), *Les nouveaux aspects juridiques de l’adoption: quelques thématiques spécifiques*, Brussel, Larcier, 2009, (269) 307.

³⁴⁷ *Supra* 6 – 7, nr. 14 – 17.

³⁴⁸ Oud art. 344, §2 BW.

³⁴⁹ Oud art. 344, §1 BW.

³⁵⁰ Wet 24 april 2003 tot hervorming van de adoptie, BS 16 mei 2003, 26.956.

³⁵¹ S. LAFFINEUR, “La kafala de droit marocain et la nouvelle adoption belge en quête d’harmonie” in J. RENCHON e.a. (eds.), *Les nouveaux aspects juridiques de l’adoption: quelques thématiques spécifiques*, Brussel, Larcier, 2009, (269) 308.

Omgekeerd, was er in België bovendien ook veel vraag naar de adoptie van Marokkaanse kinderen door Belgisch-Marokkaanse kandidaat-adoptanten.³⁵²

5.3. OMZETTING NA DE INWERKINGTREDING VAN DE WET VAN 24 APRIL 2003 TOT HERVORMING VAN DE ADOPTIE

180. De Belgische wetgever is destijds aan dit probleem tegemoetgekomen door de invoering van het artikel 361-5 BW door de Wet van 6 december 2005 tot wijziging van sommige bepalingen betreffende de adoptie³⁵³. Dit artikel bepaalt dat de overbrenging van een kind wiens herkomstland geen adoptie noch de plaatsing met het oog op een adoptie kent met het oog op een adoptie mogelijk is, mits er is voldaan aan een aantal strenge voorwaarden. Kandidaat-adoptanten hebben sinds de inwerkingtreding van deze wet met zijn artikel 361-5 BW op 26 december 2005 dus opnieuw de mogelijkheid om een buitenlands kind te adopteren dat aan hen door middel van een plaatsing onder kafala in het buitenland was toevertrouwd. De Wet van 6 december 2005 tot wijziging van sommige bepalingen betreffende de adoptie heeft ook voorzien in een aantal overgangsmaatregelen die van toepassing zijn op in het buitenland gewezen kafala-akten die dateren van vóór 1 september 2005 enerzijds en op buitenlandse kafala-akten die zijn uitgesproken vanaf 1 september 2005 tot 26 december 2005 anderzijds.³⁵⁴ Het is in het kader van deze masterproef evenwel minder van belang om dieper in te gaan op deze overgangsmaatregelen. Ik kom hier in deze masterproef dan ook niet meer op terug.

181. De kandidaat-adoptanten moeten voor de verkrijging van een adoptie, eenmaal zij terug in België zijn met de makfoul, een verzoek tot adoptie indienen bij de bevoegde rechtbank.³⁵⁵

Dit is sinds de inwerkingtreding op 1 september 2014 van de Wet van 30 juli 2013 betreffende de invoering van een familie- en jeugdrechtbank³⁵⁶ de familierechtbank.³⁵⁷

³⁵² X., “L’adoption dans les pays du Maghreb”, www.espace-citoyen.be/article/322-l-adoption-dans-les-pays-du-maghreb/.

³⁵³ Wet 6 december 2005 tot wijziging van sommige bepalingen betreffende de adoptie, *BS* 16 december 2005, 53.993.

³⁵⁴ S. LAFFINEUR, “La kafala de droit marocain et la nouvelle adoption belge en quête d’harmonie” in J. RENCHON e.a. (eds.), *Les nouveaux aspects juridiques de l’adoption: quelques thématiques spécifiques*, Brussel, Larcier, 2009, (269) 310.

³⁵⁵ Art. 66, eerste lid WIPR; N. GALLUS, “La nouvelle loi sur l’adoption”, in J. FRANEAU e.a. (eds.), *Droit des familles*, Luik, Anthemis, 2007, (109) 154; KIND EN GEZIN, “Adoptie: herkomstlanden: Marokko”, www.kindengezin.be/img/roh-marokko.pdf.

182. De familierechtbank moet vooreerst nagaan welke nationaalrechtelijke regels van toepassing zijn op het verzoek tot adoptie. De internationaal privaatrechtelijke regels omtrent het toepasselijke recht inzake adoptie zijn vastgelegd in de artikelen 67 – 71 WIPR. De internationaal privaatrechtelijke regels die zijn vastgelegd in het Haags Kinderbeschermingsverdrag zijn hier niet van toepassing in de relatie tussen België en Marokko, aangezien dit verdrag het rechtsinstituut van de adoptie expliciet uitsluit van zijn toepassingsgebied.³⁵⁸

183. In de eerste plaats wordt de totstandkoming van de adoptieve afstamming, onverminderd het artikel 357 BW, beheerst door het recht van de staat waarvan de kandidaat-adoptant of beide kandidaat-adoptanten op dat ogenblik de nationaliteit hebben.³⁵⁹ Er kan geen adoptieve afstamming tot stand komen wanneer de kandidaat-adoptant of beide kandidaat-adoptanten de Maghrebijnse nationaliteit hebben, aangezien de Maghreb-landen het rechtsinstituut van de adoptie niet kennen (behalve Tunesië)³⁶⁰. Wanneer de kandidaat-adoptanten een verschillende nationaliteit hebben (bijvoorbeeld: de ene kandidaat-adoptant heeft de Belgische nationaliteit, terwijl de andere kandidaat-adoptant de Maghrebijnse nationaliteit heeft), is het recht dat van toepassing is op de totstandkoming van de adoptieve afstamming dat van de staat waar beide kandidaat-adoptanten hun gewone verblijfplaats hebben.³⁶¹ Dit zal in de praktijk doorgaans altijd België zijn. Wanneer de kandidaat-adoptanten geen gemeenschappelijke gewone verblijfplaats hebben, is het Belgische recht sowieso van toepassing.³⁶² Het Belgische recht is ook van toepassing op de totstandkoming van de adoptieve afstamming indien de bevoegde rechter van mening is dat de toepassing van het buitenlandse recht duidelijk het hogere belang van het kandidaat-adoptiekind zou schaden en de kandidaat-adoptanten kennelijk nauwe banden met België hebben.³⁶³

³⁵⁶ Wet 30 juli 2013 betreffende de invoering van een familie- en jeugdrechtbank, *BS* 27 september 2013, 68.429.

³⁵⁷ Art. 1231-41 Ger.W.

³⁵⁸ Art. 4, b) Verdrag inzake de bevoegdheid, het toepasselijke recht, de erkenning, de tenuitvoerlegging en de samenwerking op het gebied van ouderlijke verantwoordelijkheid en maatregelen ter bescherming van kinderen van 19 oktober 1996, *Hague Conference on Private International Law*, www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=70.

³⁵⁹ Art. 67, eerste lid WIPR.

³⁶⁰ *Supra* 6 – 7, nrs. 14 – 17.

³⁶¹ Art. 67, tweede lid WIPR.

³⁶² Art. 67, tweede lid WIPR.

³⁶³ Art. 67, derde lid WIPR.

De kandidaat-adoptanten moeten bovendien bekwaam en geschikt bevonden zijn om te adopteren.³⁶⁴

De adoptie moet verder steeds gegrond zijn op wettelijke redenen en in geval zij betrekking heeft op een kind, kan zij slechts plaatsvinden in het hogere belang van dat kind en met eerbied voor de fundamentele rechten die het op grond van het internationaal recht toekomen.³⁶⁵

184. De toestemming van het kandidaat-adoptiekind en deze van zijn ouders of wettelijke vertegenwoordiger³⁶⁶ wordt, onverminderd het artikel 358 BW, op haar beurt geregeld door het recht van de staat waar het kandidaat-adoptiekind onmiddellijk voorafgaand aan de overbrenging ter adoptie zijn gewone verblijfplaats had.³⁶⁷ Het Belgische recht is echter van toepassing op de toestemming van het kandidaat-adoptiekind wanneer het recht van de staat waar het kind zijn vorige verblijfplaats had niet voorziet in een toestemmingsvereiste of de instelling van de adoptie niet kent, zoals dat het geval is in de Maghreb-landen^{368 369}.

Wanneer een kafil in België op basis van het artikel 361-5 BW verzoekt om de omzetting van een Maghrebijnse kafala-akte in een Belgische adoptie is dus steeds het Belgische recht van toepassing voor wat betreft de toestemmingsvereiste van het kandidaat-adoptiekind. Het Belgische recht bepaalt hierover dat een adoptie slechts kan worden toegekend wanneer een kind dat ouder is dan twaalf jaar zelf heeft toegestemd in zijn adoptie.³⁷⁰

³⁶⁴ Art. 357 BW.

³⁶⁵ Art. 357 juncto art. 344-1 BW.

³⁶⁶ Dit is een persoon die tussenkomt wanneer het kind wees is of wanneer zijn ouders niet zijn gekend. De wettelijke vertegenwoordiger is in het kader van deze masterproef de voogdijrechter die in het Maghreb-land instaat voor de opvolging en de controle van de gerechtelijke kafala (*supra* 29, nr. 70).

³⁶⁷ Art. 68, eerste lid WIPR.

³⁶⁸ *Supra* 6 – 7, nrs. 14 – 17.

³⁶⁹ Art. 68, tweede lid WIPR.

³⁷⁰ Art. 68, tweede lid WIPR juncto art. 348-1 BW.

De toestemming van de ouders of de wettelijke vertegenwoordiger van het kind wordt in zo een geval evenwel strikt gezien nog steeds geregeld door het recht van het Maghreb-land waar het kandidaat-adoptiekind onmiddellijk voorafgaand aan de overbrenging ter adoptie zijn gewone verblijfplaats had, bijvoorbeeld Marokko, aangezien het artikel 68, tweede lid WIPR enkel betrekking heeft op de toestemming van het kandidaat-adoptiekind en dus a contrario niet op de toestemming van de ouders of de wettelijke vertegenwoordiger van het kind.

De ouders of de wettelijke vertegenwoordiger van het kind zullen evenwel theoretisch gezien nooit hun toestemming kunnen geven tot een adoptie conform het artikel 68, eerste lid WIPR, aangezien het rechtsinstituut van de adoptie in de Maghreb-landen (behalve in Tunesië) niet bestaat³⁷¹. Er kan dus in feite nooit zijn voldaan aan de vereiste van toestemming van de ouders of de wettelijke vertegenwoordiger van het kind tot de adoptie, zoals vastgelegd in het artikel 68, eerste lid WIPR.

Het artikel 68, eerste lid WIPR verwijst bovendien naar het artikel 358 BW dat in zijn tweede lid stelt dat een volle adoptie in België slechts kan plaatsvinden indien, in geval zulks vereist is, het kind, zijn moeder, zijn vader of zijn wettelijke vertegenwoordiger hebben toegestemd in een adoptie die tot gevolg heeft dat de oorspronkelijke afstammingsband wordt verbroken. Gelet op het gegeven dat het rechtsinstituut van de adoptie in de Maghreb-landen (behalve in Tunesië) niet bestaat³⁷² en dus a fortiori ook niet dat van de volle adoptie zoals wij dit kennen in het Belgische recht, is het artikel 358, tweede lid BW evenzeer een bepaling waaraan in feite nooit kan zijn voldaan.

Ik kom zo meteen nog uitgebreid terug op deze problematiek omtrent de vereiste van toestemming van de ouders of de wettelijke vertegenwoordiger van het kind tot een adoptie.³⁷³

185. De wijze van totstandkoming van de adoptie wordt tot slot steeds beheerst door het Belgische recht.³⁷⁴

³⁷¹ *Supra* 6 – 7, nrs. 14 – 17.

³⁷² *Supra* 6 – 7, nrs. 14 – 17.

³⁷³ *Infra* 87 – 89, nr. 192.

³⁷⁴ Art. 69, eerste lid WIPR.

186. De familierechtbank moet vervolgens nagaan of ook alle voorwaarden die de relevante bepalingen van het BW, Boek I, Titel VII opleggen, zijn vervuld. Ik zal er mij in deze masterproef toe beperken enkel de belangrijkste voorwaarden aan te halen.³⁷⁵

187. De kandidaat-adoptanten moeten, alvorens enige stappen met het oog op een adoptie te ondernemen in België of in het buitenland, een voorbereiding hebben gevolgd en een vonnis van geschiktheid om te adopteren, hebben verkregen.³⁷⁶

188. Het kandidaat-adoptiekind dient ofwel wees te zijn ofwel het voorwerp uit te maken van een verklaring van verlatenheid en onder voogdij van een publieke overheid te zijn geplaatst en dus in een weeshuis te verblijven.³⁷⁷

189. Het moet vaststaan dat een intrafamiliale plaatsing of een adoptie van het kandidaat-adoptiekind in zijn herkomstland niet mogelijk is.³⁷⁸ Dit is het zogenaamde dubbele subsidiariteitsbeginsel.

190. Zowel de Vlaamse Centrale Autoriteit inzake Adoptie als de bevoegde autoriteit in het herkomstland dient zich akkoord te verklaren met de toewijzing van het kind aan de persoon die het kind op een permanente wijze wenst op te vangen in België.³⁷⁹ Deze akkoordverklaring betekent niet hetzelfde als een toestemming van de bevoegde autoriteit van het herkomstland in de adoptie. De goedkeuring moet gebeuren voordat de kandidaat-adoptanten het kindsvoorstel ontvangen en eventueel goedkeuren.³⁸⁰

³⁷⁵ B. BERTRAND, “Quelles nouvelles implications pour la procédure de kafala?”, *J.dr.jeun.* 2006, afl. 258, 21; S. LAFFINEUR, “La kafala de droit marocain et la nouvelle adoption belge en quête d’harmonie” in J. RENCHON e.a. (eds.), *Les nouveaux aspects juridiques de l’adoption: quelques thématiques spécifiques*, Brussel, Larcier, 2009, (269) 310 – 313; ADDE, “La kafala en droit marocain: est-il possible d’adopter un enfant qui réside dans un pays qui ne connaît pas de l’adoption (art. 361-5 C.civ.)?”, www.adde.be/ressources/fiches-pratiques/dip/adoption#25.

³⁷⁶ Art. 361-1, eerste en tweede lid BW.

³⁷⁷ Art. 361-5, 2°, c) BW.

³⁷⁸ Art. 361-4, 3°, b) BW; H. ENGLERT, “L’adoption internationale – le bilan 7 ans après la réforme”, *ADDE Newsletter* 2010, afl. 59, 5.

³⁷⁹ Art. 361-5, 4° BW.

³⁸⁰ KIND EN GEZIN, “Adoptie: bemiddeling”, www.kindengezin.be/adoptie/ik-wil-adopter/en-ongekend-kind/bemiddeling/.

191. De kandidaat-adoptanten mogen geen enkel contact hebben gehad met het weeshuis, de ouders van het kandidaat-adoptiekind noch met enig ander persoon wiens toestemming tot de adoptie is vereist voordat het kind aan hen werd voorgesteld door de adoptiedienst in België en voordat, wat betreft de Vlaamse Gemeenschap, de Vlaamse Centrale Autoriteit inzake Adoptie dat kindsvoorstel heeft goedgekeurd.³⁸¹

192. Er bestaat tot slot nog heel wat discussie over het feit of er bij een verzoek tot adoptie van een kind wiens herkomstland het rechtsinstituut van de adoptie niet kent, dient te zijn voldaan aan de gemeenrechtelijke regels inzake de toestemming tot adoptie, die zijn vastgelegd in de artikelen 348-3 – 348-5 BW en in het artikel 358, tweede lid BW.

Beide ouders moeten namelijk in beginsel toestemmen in de adoptie. De toestemming van de ouders van het kind wordt echter in bepaalde gevallen vervangen door de toestemming van zijn voogd (dit is de kafil in geval van een kafala). Dit is het geval wanneer de afstamming van het kind niet vaststaat of wanneer beide ouders overleden zijn, vermoedelijk afwezig zijn, geen gekende verblijfplaats hebben of in de onmogelijkheid zijn om hun wil te kennen te geven of wilsonbekwaam zijn. Wanneer het de voogd zelf is die het kind wenst te adopteren, wat bij een kafala doorgaans altijd het geval zal zijn, wordt de toestemming gegeven door de toeziende voogd. In geval van strijdigheid tussen de belangen van de toeziende voogd en deze van het kind of in geval er geen toeziende voogd is, wordt de toestemming gegeven door een voogd ad hoc. De voogd ad hoc zal in de praktijk heel vaak een advocaat zijn die wordt aangesteld door de familierechtbank en die pro forma zijn toestemming zal geven tot de adoptie, zonder eigenlijk op de hoogte te zijn van het concrete dossier.

Het artikel 361-5 BW, dat specifiek betrekking heeft op de adoptie van een kind dat afkomstig is uit een land dat het rechtsinstituut van de adoptie niet kent, legt de in de vorige paragraaf vermelde toestemmingsvereisten daarentegen niet expliciet op.

³⁸¹ Art. 363-1, tweede lid BW.

Dit artikel stelt dat het voor de toekenning van een verzoek tot omzetting van een kafala-akte in een adoptie voldoende is dat de Maghrebijnse voogdijrechter heeft ingestemd met de plaatsing van het kind onder kafala bij de kandidaat-adoptanten³⁸² en met de overbrenging van het kind naar België om zich hier op een permanente wijze te vestigen³⁸³. Dit betekent concreet dat het volgens het artikel 361-5 BW voldoende is dat er een kafala-akte werd toegekend aan de kandidaat-adoptanten³⁸⁴ en dat de kandidaat-adoptanten van de Maghrebijnse voogdijrechter de toestemming hebben gekregen om zijn grondgebied te verlaten³⁸⁵.

Uit de voorgaande paragrafen kan worden afgeleid dat de huidige Belgische regelgeving aanleiding geeft tot interpretatieproblemen omtrent de toestemming van de ouders of de wettelijke vertegenwoordiger tot een adoptie van hun kind wanneer zijn herkomstland het rechtsinstituut van de adoptie niet kent: moeten de ouders of de wettelijke vertegenwoordiger van het kind voor de toekenning van een adoptie al dan niet hun toestemming hebben gegeven tot die adoptie wanneer het land waar het kandidaat-adoptiekind onmiddellijk voorafgaand aan de overbrenging ter adoptie zijn gewone verblijfplaats had het rechtsinstituut van de adoptie niet kent? Dient er in zo een geval enkel te zijn voldaan aan de voorwaarden die zijn vastgelegd in het artikel 361-5, 2°, d) en e) BW of moet er daarnaast ook nog rekening worden gehouden met de artikelen 348-3 – 348-5 BW en het artikel 358, tweede lid BW?

Om moeilijkheden hierover te vermijden, zien de bevoegde autoriteit in het herkomstland en het weeshuis van het kind er in de praktijk op toe dat een internationale kafala slechts wordt toegekend aan weeskinderen of aan kinderen waarvan de verlating door de ouders ondubbelzinnig en definitief vaststaat.³⁸⁶ Dit zou ervoor moeten zorgen dat de onduidelijkheid die er bestaat omtrent de toestemming van de ouders of de wettelijke vertegenwoordiger van het kind tot een adoptie in de praktijk minder aanleiding geeft tot discussies, omdat de ouders de toekenning van de adoptie in deze gevallen quasi nooit zullen aanvechten.

³⁸² Art. 361-5, 2°, d) BW.

³⁸³ Art. 361-5, 2°, e) BW.

³⁸⁴ *Supra* 26, nr. 61.

³⁸⁵ *Supra* 29, nr. 68.

³⁸⁶ S. LAFFINEUR, “La kafala de droit marocain et la nouvelle adoption belge en quête d’harmonie” in J. RENCHON e.a. (eds.), *Les nouveaux aspects juridiques de l’adoption: quelques thématiques spécifiques*, Brussel, Larcier, 2009, (269) 317.

Echter, het arrest van het Gentse hof van beroep van 13 maart 2013 toont aan dat de onduidelijkheid omtrent de toestemming van de ouders of de wettelijke vertegenwoordiger van het kind tot een adoptie in de praktijk wel degelijk aanleiding kan geven tot problemen bij een verzoek tot omzetting van een kafala-akte in een adoptie. Ik kom zo meteen nog uitgebreid op dit arrest terug.³⁸⁷

193. Pas wanneer blijkt dat de kandidaat-adoptanten ook alle andere voorwaarden hebben vervuld³⁸⁸, kunnen zij zich naar het buitenland begeven om daar de overige stappen te ondernemen voor de opvang van het kind in hun gezin in België door middel van een kafala-akte met het oog op een adoptie.

194. Wanneer een in het buitenland verkregen kafala-akte door de bevoegde Belgische rechter uiteindelijk wordt omgezet in een adoptie geeft deze omzetting in feite aanleiding tot het ontstaan van een situatie van hinkende rechtsverhoudingen. Immers, het kind dat het voorwerp uitmaakt van deze omzetting zal als geadopteerd worden beschouwd in het ene land, namelijk België, maar als zijnde geplaatst onder kafala in het andere land, bijvoorbeeld Marokko.³⁸⁹

195. Er zijn de voorbije jaren in Franstalig België al meer dan honderd kinderen uit Marokko probleemloos in België geadopteerd door middel van een omzetting van een kafala-akte.³⁹⁰ De Vlaamse overheid heeft langs haar kant pas op 23 februari 2009 de toestemming gegeven om te starten met drie proefdossiers uit Marokko. Twee van deze aanvragen tot omzetting van een kafala-akte in een adoptie werden volgens voormalig minister van Justitie, Annemie Turtelboom, succesvol afgerond voor de Nederlandstalige kamer van de Brusselse jeugdrechtbank. Beide kafala-aktes werden daar omgezet in volle adopties.³⁹¹

³⁸⁷ *Infra* 90 – 92, nr. 196; *Hand.* Vl. Parl. comm. welzijn, volksgezondheid en gezin 2015 – 16, 20 oktober 2015, 15.

³⁸⁸ Te denken valt dan bijvoorbeeld aan de artikelen 345 en 355 BW (leeftijd) en aan de overige formaliteiten die worden opgelegd door het artikel 361-5 BW.

³⁸⁹ D. VAN ITERSSEN, *Ouderlijke verantwoordelijkheid en kindbescherming*, Antwerpen, Maklu, 2011, 90.

³⁹⁰ V. BEEL, ‘Al 100 kinderen uit Marokko geadopteerd in Franstalig België: Marokkaanse adoptiezoon in de knel’, *De Standaard*, 28 september 2015, www.standaard.be/cnt/dmf20150927_01889960.

³⁹¹ *Vr. en Antw.* Vl. Parl., Vr. nr. 5-10793, 9 januari 2014 (H. STEVENS).

Echter, het artikel 361-5 BW wordt klaarblijkelijk niet door alle Belgische rechtbanken op een uniforme wijze toegepast.³⁹² Het Gentse hof van beroep heeft immers bij arrest van 13 maart 2013 de derde adoptieaanvraag geweigerd.

196. Het hof van beroep van Gent weigerde in deze zaak een verzoek tot adoptie van een kind dat het voorwerp uitmaakte van een in Marokko gewezen gerechtelijke kafala-akte.³⁹³ Het kind was geboren uit een buitenechtelijke relatie. Terwijl de vader op geen enkel ogenblik naar het kind had omgekeken sinds zijn geboorte op 6 november 2009, had de moeder van het kind destijds bevestigd aan het parket van de rechtbank in Tétouan, Marokko, dat zij het kind niet wenste te houden en had zij er om verzocht het kind te beschouwen als afgestaan. Het kind werd dan ook bij vonnis van 7 maart 2011 verlaten verklaard door de rechtbank van eerste aanleg in Tétouan. De voogdijrechter in Tétouan oordeelde vervolgens bij beslissing van 18 juli 2011 dat verzoekers het kind ten laste mochten nemen door middel van een plaatsing onder kafala. Diezelfde rechter stond het kind bij beslissing van 22 juli 2011 toe om het grondgebied van Marokko te verlaten om verzoekers op een permanente wijze te vervoegen in België.

Eenmaal zij terug in België waren, legden verzoekers een verzoekschrift tot volle adoptie neer op de griffie van de jeugdrechtbank van Dendermonde. Er was op dat ogenblik voldaan aan alle formaliteiten die het artikel 361-5 BW oplegt in het kader van een verzoek tot omzetting van een kafala-akte in een adoptie. De Dendermondse jeugdrechtbank sprak uiteindelijk bij vonnis van 22 november 2012 de gewone adoptie uit van het kind door verzoekers. Echter, het openbaar ministerie tekende beroep aan tegen deze beslissing van de jeugdrechtbank van Dendermonde.

Het hof van beroep van Gent sloot zich bij arrest van 13 maart 2013 aan bij de mening van het openbaar ministerie en oordeelde dan ook dat het verzoek tot gewone adoptie moest worden geweigerd, hoofdzakelijk omwille van het gegeven dat de verklaring van de biologische moeder van het kind waarin zij de wens had geuit het kind af te staan geen toestemming impliceerde tot een gewone adoptie of een volle adoptie door verzoekers.

³⁹² *Hand.* Vl. Parl. comm. welzijn, volksgezondheid en gezin 2015 – 16, 20 oktober 2015, 15; RAY OF HOPE, “Jaarverslag 2014”, 2014, www.rayofhope.be/storage/assets/file_asset/139/Jaarverslag2014.pdf, 50 – 51.

³⁹³ Gent 13 maart 2013, *NJW 2014*, afl. 298, 225, noot S. BERTE; BERTE, S., “De kafala vormt geen toestemming tot adoptie” (noot onder Gent 13 maart 2013), *NJW 2014*, afl. 298, 228 – 229.

Er moet volgens het hof van beroep van Gent immers sprake zijn van een zogenaamde “informed consent”, zijnde een toestemming waarbij de biologische ouders van het kind begrijpen wat de gevolgen ervan zijn.³⁹⁴ Er was volgens het Gentse hof van beroep in deze zaak dus niet voldaan aan het artikel 348-3 BW, dat het hof, weliswaar verkeerdelijk, toepasselijk achtte gelet op het artikel 68, tweede lid WIPR. Het hof van beroep van Gent is in deze zaak dus van oordeel geweest dat de toestemming van de ouders of de wettelijke vertegenwoordiger van het kind ook moet worden gegeven conform het Belgische recht wanneer het recht van de staat waar het kandidaat-adoptiekind onmiddellijk voorafgaand aan de overbrenging ter adoptie zijn gewone verblijfplaats had het rechtsinstituut van de adoptie niet kent, in casu Marokko.

Het hof oordeelde bovendien dat verzoekers onrechtmatig een beroep hadden gedaan op een voogd ad hoc om de vereiste toestemming tot de adoptie te verkrijgen, aangezien zowel de vader als de moeder bekend was. Verzoekers meenden immers dat de naam van de vader op de geboorteakte slechts een fictieve naam of identiteit was, maar zij waren er volgens het hof niet in geslaagd hun vermoeden hard te maken. De vader was volgens het Gentse hof van beroep dan ook bekend. Het hof stelde hierover verder dat verzoekers ook niet hebben bewezen dat de vader en de moeder van het kind zich in de onmogelijkheid bevonden hun wil te kennen te geven, geen gekende verblijfplaats hadden of afwezig waren verklaard. Er werd volgens het hof van beroep van Gent dan ook ten onrechte door verzoekers niet voldaan aan het artikel 348-3 BW.

En in geval toch bewezen zou zijn geweest door verzoekers dat de vader en de moeder van het kind zich in de onmogelijkheid bevonden hun wil te kennen te geven, geen gekende verblijfplaats hadden of afwezig waren verklaard, lag volgens het hof ook niet de noodzakelijke toestemming van de Marokkaanse voogdijrechter, die instaat voor de opvolging en de controle van de gerechtelijke kafala, voor.³⁹⁵

³⁹⁴ *Vr. en Antw.* Kamer 2013 – 14, 19 november 2013, 13 (Vr. nr. 11 K. TEMMERMAN).

³⁹⁵ Deze toestemmingsvereiste volgt volgens het Gentse hof van beroep uit het artikel 35 WIPR dat bepaalt dat de voogdij van het kind wordt beheerst door het recht van de staat op wiens grondgebied de makfoul zijn gewone verblijfplaats heeft op het tijdstip van de feiten die aanleiding geven tot de bepaling van de voogdij. Dit was in casu het Marokkaanse recht.

Het hof van beroep van Gent stelde in deze zaak dus, in tegenstelling tot de Franstalige gerechten, dat het artikel 361-5 BW geen afbreuk doet aan de toepassing van de gemeenrechtelijke bepalingen inzake de toestemmingsvereisten met betrekking tot een adoptie, namelijk de artikelen 348-3 – 348-5 BW en het artikel 358, tweede lid BW.

Het Gentse hof van beroep was bovendien van oordeel dat het de verantwoordelijkheid is van de Vlaamse Centrale Autoriteit inzake Adoptie indien aan de kandidaat-adoptanten beloftes worden gedaan die niet kunnen worden gehonoreerd in het licht van de actuele juridische situatie. Verzoekers stelden tegen dit arrest van het Gentse hof van beroep uiteindelijk cassatieberoep in.

197. In afwachting van een uitspraak door het Hof van Cassatie in deze zaak, werd de adoptie van kinderen afkomstig uit Marokko door de Vlaamse overheid voorlopig stilgelegd.³⁹⁶

198. Het Hof van Cassatie heeft uiteindelijk bij arrest van 14 september 2015 in deze zaak een uitspraak gedaan, die weliswaar zeer teleurstellend bleek te zijn. Het hoogste rechtscollege was in deze zaak immers de mening toegedaan dat het cassatieberoep van verzoekers een pure feitenkwestie betrof die tot de bevoegdheid van de feitenrechter behoorde. Het Hof van Cassatie heeft het cassatieberoep van verzoekers dan ook onontvankelijk verklaard en is niet overgegaan tot een onderzoek ten gronde van deze zaak.³⁹⁷ Het Hof van Cassatie heeft zich dus jammer genoeg niet uitgesproken over de vraag welke interpretatie door de Belgische gerechten moet worden gevolgd inzake de vereiste van toestemming van de ouders of de wettelijke vertegenwoordiger van een kind wiens herkomstland het rechtsinstituut van de adoptie niet kent tot zijn adoptie.

³⁹⁶ KIND EN GEZIN, “Adoptie: herkomstlanden: Marokko”, www.kindengezin.be/img/roh-marokko.pdf; RAY OF HOPE, “Jaarverslag 2014”, 2014, www.rayofhope.be/storage/assets/file_asset/139/Jaarverslag2014.pdf, 50 – 51; V. BEEL, ‘Eerste proefdossier adoptie uit Marokko loopt muurvast: Vlaanderen stopt adopties uit Marokko’, *De Standaard*, 4 november 2013, www.standaard.be/cnt/dmf20131103_00822267.

³⁹⁷ KIND EN GEZIN, “Uitspraak van het Hof van Cassatie over een adoptieprocedure uit Marokko”, www.kindengezin.be/nieuws-en-actualiteit/2015/20150928-uitspraak-van-het-hof-van-cassatie-over-een-adoptieprocedure-uit-marokko.jsp; V. BEEL, ‘Al 100 kinderen uit Marokko geadopteerd in Franstalig België: Marokkaanse adoptiezoon in de knel’, *De Standaard*, 28 september 2015, www.standaard.be/cnt/dmf20150927_01889960.

Is dit de soepele interpretatie van het artikel 361-5 BW die door de Franstalige gerechten wordt aangewend of de strenge interpretatie die door het Gentse hof van beroep werd gehanteerd in het arrest van 13 maart 2013?³⁹⁸ Het feit dat het Hof van Cassatie zich in haar arrest van 14 september 2015 niet over deze kwestie heeft uitgesproken, is volgens mij een gemiste kans geweest. Immers, het Hof van Cassatie had in dit arrest voor eens en voor altijd duidelijkheid kunnen scheppen in verband met deze problematiek en had op die manier de blokkering door de Vlaamse overheid van adopties van kinderen afkomstig uit Marokko kunnen opheffen.

199. Het arrest van het hof van beroep van Gent werd aldus niet verbroken door het Hof van Cassatie en vormt het definitieve eindpunt voor verzoekers in deze zaak. De uitspraak van het arrest van het Hof van Cassatie toont duidelijk aan dat de huidige Belgische wetgeving, ondanks de invoering van het artikel 361-5 BW, nog steeds onvoldoende garanties biedt aan kandidaat-adoptanten om een buitenlands kind dat aan hen door middel van een kafala werd toevertrouwd te adopteren. Verzoekers hadden in deze zaak immers de voorgeschreven procedure voor adopties vanuit Marokko, die in Vlaanderen geheel identiek is aan deze die in Franstalig België wordt gehanteerd³⁹⁹, volledig en correct gevolgd en toch zijn zij er niet in geslaagd hun makfoul te adopteren⁴⁰⁰, terwijl zo een omzetting van een kafala-akte in een adoptie wel zonder problemen verloopt in Franstalig Brussel en in Wallonië.

200. Het Vlaams Centrum voor Adoptie⁴⁰¹ en huidig Vlaams minister van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin, Jo Vandeurzen,⁴⁰² hebben de federale wetgever er dan ook toe aangespoord om de wetgeving zo snel mogelijk aan te passen zodat de rechtsonzekerheid waarvan er nu sprake is, verdwijnt.

³⁹⁸ *Hand.* Vl. Parl. comm. welzijn, volksgezondheid en gezin 2015 – 16, 20 oktober 2015, 15.

³⁹⁹ *Hand.* Vl. Parl. comm. welzijn, volksgezondheid en gezin 2015 – 16, 20 oktober 2015, 15.

⁴⁰⁰ KIND EN GEZIN, “Uitspraak van het Hof van Cassatie over een adoptieprocedure uit Marokko”, www.kindengezin.be/nieuws-en-actualiteit/2015/20150928-uitspraak-van-het-hof-van-cassatie-over-een-adoptieprocedure-uit-marokko.jsp.

⁴⁰¹ KIND EN GEZIN, “Uitspraak van het Hof van Cassatie over een adoptieprocedure uit Marokko”, www.kindengezin.be/nieuws-en-actualiteit/2015/20150928-uitspraak-van-het-hof-van-cassatie-over-een-adoptieprocedure-uit-marokko.jsp; X., ‘Adoptie-ambtenaar dringt aan op wetswijziging’, *De Standaard*, 28 september 2015, www.standaard.be/cnt/dmf20150927_01889959?shareId=7f29a1d9f244317ec319156587551bc18177a2d0c485634ba81a16f869c014cc76453d71fbecac12cbfc37ee4e7f156e23b388fbd2cc7199203e4364492364ff.

⁴⁰² *Hand.* Vl. Parl. comm. welzijn, volksgezondheid en gezin 2015 – 16, 20 oktober 2015, 15.

De verwarring bestaat er volgens Vlaams adoptieambtenaar, Ariane Van den Berghe, en Vlaams minister van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin, Jo Vandeurzen, in dat het hof van beroep van Gent, in tegenstelling tot de Franstalige gerechten, meent dat ook de gemeenrechtelijke bepalingen inzake adoptie, waaronder de vereiste dat de biologische ouders of de wettelijke vertegenwoordiger van het kind hun toestemming moeten hebben gegeven tot de adoptie, moeten gelden voor kinderen die afkomstig zijn uit landen die geen adoptiewetgeving kennen, zoals Marokko, en dat bovenop het artikel 361-5 BW. Dit is volgens hen echter onlogisch, aangezien het rechtsinstituut van de adoptie in Marokko niet bestaat.⁴⁰³ Er zal bijgevolg nooit aan deze toestemmingsvoorwaarde kunnen zijn voldaan. Dit heeft op zijn beurt dan weer tot gevolg dat er nooit nog een Marokkaanse kafala-akte zou kunnen worden omgezet in een Belgische adoptie.

De mogelijkheid tot adoptie van kinderen afkomstig uit Marokko blijft opgeschort tot wanneer de bevoegde federale autoriteiten erin slagen een oplossing te vinden voor dit prangende probleem. Het arrest van het Hof van Cassatie heeft er immers toe geleid dat er, althans voorlopig, geen enkele kafala-akte nog kan worden omgezet in een Belgische adoptie.⁴⁰⁴

201. Het kind in het arrest van het Gentse hof van beroep van 13 maart 2013 wordt, in afwachting van een definitieve oplossing, voorlopig beschouwd als een niet-begeleide minderjarige vreemdeling.⁴⁰⁵ De dienst Voogdij kan verzoekers dan aanduiden als voogd. Dit statuut verschaft het kind een verblijfsrecht in België tot op het ogenblik dat er een duurzame oplossing wordt gevonden voor dat kind. Als de Dienst Vreemdelingenzaken beslist dat een verder verblijf in België de duurzame oplossing is, krijgt het kind eerst een tijdelijk verblijfsrecht, de zogenaamde elektronische A kaart. Na drie jaar elektronische A kaart kan het kind daarna een onbeperkt verblijfsrecht in België verwerven.⁴⁰⁶

⁴⁰³ X, ‘Adopties uit Marokko liggen stil’, *De Standaard*, 29 september 2015, www.standaard.be/cnt/dmf20150928_01891874.

⁴⁰⁴ RAY OF HOPE, “Jaarverslag 2014”, 2014, www.rayofhope.be/storage/assets/file_asset/139/Jaarverslag2014.pdf, 50 – 51.

⁴⁰⁵ *Hand.* VI. Parl. comm. welzijn, volksgezondheid en gezin 2015 – 16, 20 oktober 2015, 15; V. BEEL, ‘Al 100 kinderen uit Marokko geadopteerd in Franstalig België: Marokkaanse adoptiezoon in de knel’, *De Standaard*, 28 september 2015, www.standaard.be/cnt/dmf20150927_01889960.

⁴⁰⁶ AGENTSCHAP INTEGRATIE EN INBURGERING, “Niet-begeleide minderjarigen (NBM)”, www.kruispuntmi.be/thema/vreemdelingenrecht-internationaal-privaatrecht/verblijfsrecht-uitwijzing-reizen/niet-begeleide-minderjarigen-nbm.

202. Gelet op de problematiek die er in België momenteel bestaat omtrent de toestemmingsvereiste van de ouders of de wettelijke vertegenwoordiger van het kind wiens herkomstland het rechtsinstituut van de adoptie niet kent tot zijn adoptie en daaruit voortvloeiend de voorlopige onmogelijkheid tot omzetting van een kafala-akte in een adoptie,⁴⁰⁷ lijkt het mij waardevol om eens te kijken of zo een omzetting eigenlijk ook nog voorzien is in de regelgeving van andere EU-lidstaten.

203. De mogelijkheid tot omzetting van een buitenlandse kafala-akte in een adoptie blijkt onder meer ook nog te bestaan in Nederland, Spanje, Italië en Zwitserland.⁴⁰⁸ Echter, deze omzettingmogelijkheid werd in Nederland en in Spanje enkele jaren geleden opgeschort. Ik kom hier in de volgende paragrafen nog uitgebreider op terug. De omzetting van een in het buitenland gewezen kafala-akte in een adoptie is daarentegen in zijn geheel niet mogelijk in het Verenigd Koninkrijk waar, zoals al eerder besproken, steeds het concept van de “speciale voogdij” wordt toegepast op een kafil en zijn makfoul, ongeacht of de kafala is gebeurd met het oog op een adoptie.⁴⁰⁹ Een omzetting is evenzeer niet mogelijk in Frankrijk en dat op grond van het artikel 370-3, tweede lid C.Civ. dat een verbod tot adoptie bevat van een kind wiens nationale wet het rechtsinstituut van de adoptie verbiedt. Dit strenge adoptieverbod komt bij de bespreking van het Harroudj – arrest in het punt 5.5.1 van deze masterproef nog opnieuw aan bod. Ik ga hier in dit hoofdstuk dan ook niet dieper op in.

204. Wat betreft Nederland, had een in Nederland verblijvende kafil, eenmaal hij terug in zijn thuisland was, tot voor kort de mogelijkheid om zijn makfoul te adopteren aan de hand van het artikel 10:105 BW.⁴¹⁰ Het ging hier om de omzetting van een kafala-akte in een sterke adoptie (ofwel: volle adoptie), aangezien het rechtsinstituut van de zwakke adoptie (ofwel: gewone adoptie) in Nederland niet bestaat.⁴¹¹

⁴⁰⁷ *Supra* 94, nr. 200.

⁴⁰⁸ J. MALINGREAU, *International kafala: a right for the child to enter and stay in the member states*, masterproef Europees Privaatrecht Universiteit Amsterdam, 2013, 7.

⁴⁰⁹ *Supra* 76, nr. 174.

⁴¹⁰ J. MALINGREAU, *International kafala: a right for the child to enter and stay in the member states*, masterproef Europees Privaatrecht Universiteit Amsterdam, 2013, 7.

⁴¹¹ N. O. TOUHAMI, *Kafala – zwakke adoptie: een onderzoek naar de versterking van de positie van Nederlandse pleegouders van een gewortelde alleenstaande minderjarige vreemdeling*, masterproef Rechten Universiteit Tilburg, 2013, 15 en 36.

De omzetting werd in de praktijk enkel toegekend aan kinderen die wees waren of aan kinderen die in Marokko het voorwerp hadden uitgemaakt van een verklaring tot verlatenheid.⁴¹² Een adoptie kon volgens de Nederlandse staatssecretaris van Veiligheid en Justitie bovendien enkel worden toegestaan wanneer de toekenning ervan in het belang was van de makfoul.⁴¹³ De staatssecretaris van Veiligheid en Justitie kon in zo een geval de Beginseltoestemming verlenen, die op grond van het artikel 2 van de Wet opneming buitenlandse kinderen ter adoptie⁴¹⁴ steeds was vereist voor de totstandkoming van een interlandelijke adoptie.

Wat betreft de toestemmingsvereiste van de ouders van het kind wiens herkomstland het rechtsinstituut van de adoptie niet kent tot zijn adoptie, werd er verwezen naar het artikel 10:105, derde lid BW. Dit artikel bepaalt dat het Nederlandse recht van toepassing is op de toestemmingsvereiste wanneer het land waaruit het kind afkomstig is het rechtsinstituut van de adoptie niet kent, zoals de Maghreb-landen (behalve Tunesië). Het artikel 10:105, derde lid BW verwijst dus eigenlijk naar het artikel 1:228, eerste lid, d) BW dat op zijn beurt in verband met de toestemmingsvereiste stelt dat geen van beide ouders van de makfoul het verzoek tot adoptie mag hebben tegengesproken. Echter, er moet met een eventuele tegenspraak geen rekening worden gehouden wanneer het kind en de ouder niet of nauwelijks in gezinsverband hebben samengeleefd, wanneer een ouder is veroordeeld wegens het plegen van een bepaald misdrijf ten aanzien van het kind of wanneer de ouder het gezag over het kind heeft misbruikt of de verzorging en de opvoeding van het kind op een grove wijze heeft verwaarloosd.⁴¹⁵ De toestemming van de ouders was volgens mij in de praktijk dus eigenlijk nooit expliciet vereist, vermits de omzetting van een buitenlandse kafala-akte in een adoptie in Nederland toch enkel maar mogelijk was voor wezen en voor verlaten verklaarde kinderen⁴¹⁶. Er was in deze gevallen nooit sprake van een gezinsverband waardoor er dus in principe steeds kon worden voorbijgegaan aan de toestemmingsvereiste van de ouders tot de adoptie van hun kind. De toestemming van de ouders werd in deze gevallen vervangen door een rechterlijke toestemming.

⁴¹² D. VAN ITERSSEN, *Ouderlijke verantwoordelijkheid en kindbescherming*, Antwerpen, Maklu, 2011, 90.

⁴¹³ J. MALINGREAU, *International kafala: a right for the child to enter and stay in the member states*, masterproef Europees Privaatrecht Universiteit Amsterdam, 2013, 7.

⁴¹⁴ Wet 8 december 1988 houdende regelen inzake de opneming in Nederland van buitenlandse pleegkinderen met het oog op adoptie, *Stb.* 566.

⁴¹⁵ Art. 1:228, tweede lid BW.

⁴¹⁶ *Supra* 95, nr. 204.

Zo besliste de rechtbank van Haarlem bij vonnis van 16 december 2008 dat de makfoul in casu kon worden geadopteerd door verzoekers, ondanks het feit dat zijn ouders niet hadden toegestemd in de adoptie. Ter staving hiervan, stelde de Haarlemse rechtbank dat er geen sprake was van een gezinsverband, vermits het kind zijn vader nooit had gekend en het reeds kort na zijn geboorte door zijn moeder werd afgestaan aan een andere vrouw. De moeder van het kind heeft nadien nooit nog contact opgenomen met haar kind.⁴¹⁷ Dit gebrek aan gezinsverband liet de Haarlemse rechtbank toe om te besluiten dat de toestemming van de ouders niet meer was vereist. Het gerechtshof van Arnhem sprak zich in een arrest van 18 november 2008 in dezelfde zin uit als de rechtbank van Haarlem. Het ging in deze zaak om een verzoek tot adoptie van een makfoul wiens vader niet gekend was en wiens moeder hem kort na de geboorte had afgestaan aan verzoekers.⁴¹⁸

Deze mogelijkheid tot omzetting van een buitenlandse kafala-akte in een Nederlandse adoptie werd echter door de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie bij brief van 5 januari 2013 opgeschort. De lopende verzoeken zouden wel nog worden afgehandeld.⁴¹⁹ De opschorting heeft zowel betrekking op de kafala-verzoeken die met het oog op een adoptie werden afgesloten als op de kafala-verzoeken die niet tot doel hadden een adoptie te verkrijgen.⁴²⁰ Ten grondslag hieraan lag niet een probleem in verband met de toestemmingsvereiste van de ouders van het kind wiens herkomstland het rechtsinstituut van de adoptie niet kent tot zijn adoptie, zoals in België wel het geval was⁴²¹, maar de ontwikkeling van een uniforme uitvoeringsprocedure voor de afhandeling van kafala-verzoeken in het kader van het Haags Kinderbeschermingsverdrag alsook de Circulaire n° 40 S/2 van 19 september 2012 van de Marokkaanse minister van Justitie voor wat betreft de adopties van kinderen die afkomstig zijn uit Marokko. Wereldkinderen, een Nederlandse vereniging voor steun aan kinderen in nood, heeft op 2 februari 2015 dan uiteindelijk het bericht gekregen van de Centrale Autoriteit dat deze opschorting definitief is en dat de omzetting van een kafala-akte in een adoptie dus in Nederland niet meer mogelijk is.

⁴¹⁷ Rb. Haarlem 16 december 2008, LJN BG8143.

⁴¹⁸ Hof Arnhem 18 november 2008, LJN BG5709.

⁴¹⁹ X., “Kafalaverzoeken opgeschort”, 2013, www.adoptie.nl/nieuwsdetail/66/kafalaverzoeken_opgeschort/mn/2/.

⁴²⁰ N. O. TOUHAMI, *Kafala – zwakke adoptie: een onderzoek naar de versterking van de positie van Nederlandse pleegouders van een gewortelde alleenstaande minderjarige vreemdeling*, masterproef Rechten Universiteit Tilburg, 2013, 31.

⁴²¹ *Supra* 93 – 94, nr. 200.

De Centrale Autoriteit is momenteel bezig met de ontwikkeling van een werkwijze voor kinderen die geen mogelijkheden hebben om op te groeien in hun herkomstland (en voor wie voordien een adoptie het meest aangewezen was) en voor wie het Haags Kinderbeschermingsverdrag van toepassing is.⁴²²

205. Wat betreft Spanje, bestond er daar tot 2012 nog de mogelijkheid om een kafala-akte door de bevoegde Spaanse rechtbanken probleemloos te laten omzetten in een adoptie op grond van de Spaanse Wet n° 54/2007 van 28 december 2007 betreffende de internationale adoptie.⁴²³ Het ging in zo een geval steeds om de omzetting in een volle adoptie. Spanje maakt immers geen onderscheid tussen een gewone adoptie en een volle adoptie.⁴²⁴

Echter, de Marokkaanse minister van Justitie besloot, zoals al gezegd, bij Circulaire n° 40 S/2 plotseling om geen kafala-akten meer te verlenen aan kandidaat-kafils die geen woonplaats hebben in Marokko.⁴²⁵ Dit had tot gevolg dat Spaanse kafils in Marokko geen kafala-akte meer konden verkrijgen. Zij konden een Marokkaanse kafala-akte dan ook niet langer laten omzetten in een adoptie wanneer zij terug in Spanje waren. Om de kafala van Marokkaanse makfouls door Spaanse kafils opnieuw mogelijk te kunnen maken, is toenmalig Spaans minister van Justitie, Alberto Ruiz-Gallardion, in het voorjaar van 2013 tegemoetgekomen aan de eis van de Marokkaanse minister van Justitie om het rechtsinstituut van de kafala zoals deze in de Maghreb-landen bestaat te respecteren. Dit betekent concreet dat toenmalig Spaans minister van Justitie, Alberto Ruiz-Gallardion, ermee akkoord is gegaan om niet langer de adoptie van een kind dat afkomstig is uit Marokko toe te staan.⁴²⁶ Immers, er komt ingevolge een Marokkaanse kafala-akte ook geen juridische afstammingsband tot stand tussen het kind en zijn kafil. Het is dus sinds het voorjaar van 2013 opnieuw mogelijk voor een Spaanse kandidaat-kafil om een Marokkaanse kafala-akte te verkrijgen, maar deze akte zal voortaan niet meer kunnen worden omgezet in een adoptie.

⁴²² WERELDKINDEREN, “Adoptie Marokko niet meer mogelijk”, 2015, www.adoptie.nl/nieuwsdetail/82/Adoptie_Marokko_niet_meer_mogelijk/mn/2/.

⁴²³ J. MALINGREAU, *International kafala: a right for the child to enter and stay in the member states*, masterproef Europees Privaatrecht Universiteit Amsterdam, 2013, 7 – 8.

⁴²⁴ M.-C. LE BOURSICOT, “La Kafala ou recueil légal des mineurs en droit musulman: une adoption sans filiation”, *Revue internationale interdisciplinaire* 2010, afl. 59, 296.

⁴²⁵ *Supra* 22, nr. 53.

⁴²⁶ A. B. ALI, ‘L’Espagne s’engage à respecter le principe de la Kafala’, *L’actualité économique et financière en continu*, 5 maart 2013, www.leseco.ma/maroc/8668-lespagne-sengage-a-respecter-le-principe-de-la-kafala.html.

5.4. IS DE OMZETTING VAN EEN KAFALA-AKTE IN EEN ADOPTIE WENSELIJK?

206. De invoering van de mogelijkheid tot omzetting van een kafala-akte in een adoptie is volgens mij ongetwijfeld een zeer goede zaak geweest. De kinderen die hiervoor in aanmerking komen⁴²⁷, bevinden zich immers steeds in een zeer preciaire situatie. De kinderen die verlaten werden verklaard, worden namelijk opgevangen in weeshuizen. Dit is ook het geval voor de weeskinderen die niet beschikken over een familiaal opvangnet in hun herkomstland. De levensomstandigheden in deze weeshuizen zijn erbarmelijk: zij zitten overvol en er is vaak ook sprake van seksueel misbruik. Bovendien, eenmaal de jongeren het weeshuis mogen verlaten, kennen zij niets af van de echte wereld en komen zij bijgevolg maar al te vaak terecht in de criminaliteit of in de prostitutie. Kortom, een verlaten verklaard kind of een weeskind gaat in de meeste gevallen geen veelbelovende toekomst tegemoet.⁴²⁸ Ik denk dat het daarom uiterst wenselijk is om deze kinderen de kans te geven om op te groeien bij adoptieouders in een land dat hen meer kansen biedt dan hun herkomstland, bijvoorbeeld op het vlak van onderwijs, werkgelegenheid, sociale zekerheid, huisvesting enzovoort.

207. De vraag rijst vervolgens of men deze kinderen ook niet een beter toekomstperspectief kan bieden in België door middel van een minder verregaand rechtsinstituut dan de adoptie, zoals dat van de pleegvoogdij. Een pleegvoogdij is minder verregaand omdat er ingevolge een pleegvoogdij, in tegenstelling tot bij een adoptie⁴²⁹, geen recht op erfopvolging⁴³⁰, geen recht op naamsoverdracht⁴³¹, geen verblijfsrecht van meer dan drie maanden⁴³² enzovoort ontstaat. Deze beperkte juridische bescherming vormt geen probleem voor kinderen die naar België komen in het kader van een intrafamiliale kafala en in hun herkomstland nog beschikken over familiale banden.

⁴²⁷ *Supra* 86, nr. 188.

⁴²⁸ W. BOUCHRIKA, 'Misbruik in de Marokkaanse weeshuizen is schering en inslag', *Knack*, 4 augustus 2014, www.knack.be/nieuws/wereld/misbruik-in-de-marokkaanse-weeshuizen-is-schering-en-inslag/article-normal-268843.html.

⁴²⁹ *Supra* 39 – 40, nr. 93 en *supra* 42, nr. 102 (recht op erfopvolging); *supra* 41, nr. 99 en *supra* 43, nr. 106 (naamsoverdracht); art. 40ter Wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen (verblijfsrecht van meer dan drie maanden).

⁴³⁰ *Supra* 50, nr. 125.

⁴³¹ *Supra* 51, nr. 129.

⁴³² Pleegkinderen vallen immers niet onder de artikelen 40bis, 40ter, 10 en 10 bis van de Vreemdelingenwet.

Immers, zij kunnen in zo een geval bijvoorbeeld nog een erfrecht uitoefenen in hun oorspronkelijke familie of opnieuw worden opgevangen in hun herkomstland, wanneer hun verblijfsrecht in België niet wordt verlengd en zij het Belgische grondgebied moeten verlaten.

Echter, de situatie is volledig anders bij weeskinderen en bij kinderen die verlaten werden verklaard en onder voogdij van een publieke overheid werden geplaatst. Zij hebben in het overgrote merendeel van de gevallen namelijk geen enkele band meer met hun herkomstland, kunnen ginds bij niemand nog terecht en verblijven al jarenlang in hun pleeggezin dat zij als hun ‘echte’ gezin beschouwen.

208. Het is volgens mij van groot belang om voor deze laatste categorie van kinderen een adoptie toe te staan door middel van de omzetting van een kafala-akte. Deze kinderen kunnen immers onmogelijk terug naar hun herkomstland. Het zou dan ook in strijd zijn met de belangen van dat kind om de band tussen hem en zijn opvanggezin in zo een geval te beperken tot deze van een pleegvoogdij en hem op die manier, gelet op het gebrek aan een verblijfsrecht van meer dan drie maanden⁴³³, bloot te stellen aan het risico om op een gegeven ogenblik terug te moeten naar zijn herkomstland.

Bovendien, wanneer zo een kind zijn opvanggezin als zijn ‘echte’ gezin beschouwt en over geen enkel familielid meer beschikt in zijn herkomstland lijkt het mij in het belang van dat kind te zijn om hem een recht op erfopvolging te verlenen in zijn opvanggezin. Zoals voormalig minister van Justitie, Laurette Onkelinx, volgens mij destijds terecht heeft opgemerkt⁴³⁴, is het in het belang van het kind om het best mogelijke statuut in België te verkrijgen. Het beste statuut voor verlaten verklaarde kinderen die onder voogdij van een publieke overheid zijn geplaatst en voor weeskinderen die geen enkele band meer hebben met hun herkomstland, is naar mijn mening onmiskenbaar een adoptie.

209. Of een kafala-akte het best dient te worden omgezet in een volle adoptie dan wel in een gewone adoptie, moet volgens mij geval per geval worden bekeken. Bijvoorbeeld, de omzetting van een kafala-akte in een gewone adoptie lijkt mij verkiesbaar boven de omzetting in een volle adoptie in het uitzonderlijke geval dat de makfoul een weeskind is dat in zijn herkomstland wel nog beschikt over andere familieleden dan zijn ouders.

⁴³³ *Supra* 99, nr. 207.

⁴³⁴ *Supra* 58, nr. 146.

Dit kunnen grootouders, ooms, tantes enzovoort zijn. Ik vind het van belang dat, in geval er zich nog een familielid van de makfoul in zijn herkomstland bevindt, deze oorspronkelijke afstammingsband blijft bestaan. Het zou onevenredig zijn om in zo een geval een volle adoptie uit te spreken en op die manier de juridische band tussen het geadopteerde kind en zijn oorspronkelijke familie volledig te verbreken, zeker wanneer de makfoul nog een zekere mate van contact onderhoudt met dat familielid.

Een omzetting van de kafala-akte in een gewone adoptie laat de makfoul in zo een geval daarentegen toe om de oorspronkelijke afstammingsbanden in zijn herkomstland te behouden, maar om tegelijkertijd ook een juridische afstammingsband tot stand te brengen tussen hem en zijn adoptieouders, waardoor het kind een grotendeels gelijkaardige juridische bescherming verkrijgt als in geval van een volle adoptie. Het kind verwerft ten gevolge van een gewone adoptie immers ook een verblijfsrecht van meer dan drie maanden, een recht op naamsoverdracht en een recht op erfopvolging, dat bij een gewone adoptie weliswaar beperkt is tot de nalatenschap van zijn adoptieouders. Dit laatste vormt geen probleem, aangezien het kind zijn oorspronkelijke afstammingsbanden in het herkomstland behoudt en dus nog kan erven van zijn oorspronkelijke familieleden. Het is dan ook niet nodig dat het kind ook nog eens zou erven van zijn andere adoptieve familieleden.

Echter, wanneer het bijvoorbeeld gaat om een kind dat zijn vader nooit heeft gekend en al vanaf zijn geboorte in de steek werd gelaten door zijn moeder lijkt de omzetting in een volle adoptie mij de meest geschikte oplossing te zijn. Het kind beschikt in zo een geval immers niet over enig familielid in zijn herkomstland, aangezien het kind geen vastgestelde afstammingsband bezit, en heeft dus in bijna alle gevallen geen enkele band met zijn herkomstland. Het is in zo een situatie volgens mij van belang dat het kind een volledige juridische bescherming verkrijgt in België, zoals een recht op erfopvolging in de volledige adoptieve familie en niet enkel met betrekking tot de nalatenschap van zijn adoptieouders. Immers, het kind zal logischerwijze niet kunnen erven van zijn oorspronkelijke familie, vermits deze familieleden niet gekend zijn.

5.5. VERENIGBAARHEID VAN EEN WEIGERING TOT OMZETTING MET HET RECHT OP EERBIEDIGING VAN FAMILIE- EN PRIVELEVEN

210. Wat nu in geval een verzoek tot omzetting van een in het buitenland gewezen kafala-akte in een adoptie door een bevoegde Belgische rechtbank wordt geweigerd, bijvoorbeeld omdat zij meent dat er niet is voldaan aan de voorwaarden die het artikel 361-5 BW oplegt? Kan zo een weigering in strijd zijn met het recht op eerbiediging van familie- en privéleven van de makfoul en zijn kafil, zoals gestipuleerd in het artikel 8 EVRM? Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens heeft in twee recente arresten geoordeeld over de verenigbaarheid van een weigering tot omzetting van een kafala-akte in een adoptie met het recht op eerbiediging van familie- en privéleven.

5.5.1. HARROUDJ – ARREST

211. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens sprak zich een eerste keer over deze problematiek uit in het Harroudj – arrest.⁴³⁵

A. Feiten

212. Verzoekster, een alleenstaande vrouw met de Franse nationaliteit, richtte in deze zaak een verzoek tot volle adoptie aan de rechtbank van eerste aanleg van Lyon met betrekking tot een kind van Algerijnse origine, geboren uit een onbekende vader en moeder. Verzoekster ving het kind al sinds een tweetal maanden na zijn geboorte op door middel van een plaatsing onder gerechtelijke kafala. De rechtbank van eerste aanleg in Lyon ging echter niet in op dit adoptieverzoek op grond van het artikel 370-3, tweede lid C.Civ. Dit artikel stelt dat een adoptie van een kind moet worden geweigerd wanneer de wet van het land waarvan het kind de nationaliteit heeft het rechtsinstituut van de adoptie verbiedt, tenzij in geval het kind is geboren en verblijft in Frankrijk. Vermits Algerije de adoptie niet kent⁴³⁶, was de rechtbank van eerste aanleg van Lyon de mening toegedaan dat het adoptieverzoek moest worden geweigerd. Deze uitspraak werd later bevestigd door het hof van beroep van Lyon. Het cassatieberoep dat verzoekster vervolgens had ingediend wegens een schending van de artikelen 8 en 14 EVRM werd door het Franse Hof van Cassatie verworpen. Verzoekster wendde zich daarom uiteindelijk tot het Europees Hof voor de Rechten van de Mens teneinde haar adoptieverzoek alsnog gegrond te horen verklaren.

⁴³⁵ EHRM (5^e afd.) 4 oktober 2012, nr. 43631/09, Harroudj/Frankrijk.

⁴³⁶ *Supra* 4, nr. 15.

213. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens werd er door verzoekster toe aangezocht om de beslissing van het hof van beroep van Lyon tot weigering van de omzetting van een kafala-akte in een volle adoptie te toetsen aan het artikel 8 EVRM. Verzoekster was immers van mening dat de onmogelijkheid om haar makfoul te adopteren en op die manier een ouder-kind relatie tot stand te brengen in strijd was met het recht op eerbiediging van familie- en privéleven. Ter staving hiervan, stelde verzoekster dat deze niet-adopteerbaarheid tot gevolg had dat het kind, in geval verzoekster zou komen te overlijden, niet zou erven van verzoekster en dat de moeder van verzoekster, de grootmoeder van de makfoul, het kind niet zou kunnen opvangen. Verzoekster haalde ook aan dat de mogelijkheid voor de makfoul om na vijf jaar de Franse nationaliteit te verkrijgen en op die manier alsnog te worden geadopteerd⁴³⁷ allesbehalve een bevredigend alternatief kon vormen voor de niet-adopteerbaarheid van een kind wiens nationale wet het rechtsinstituut van de adoptie niet kent. De mogelijkheid tot omzetting van een kafala-akte in een adoptie zou immers onmiddellijk een verwerving van de Franse nationaliteit in hoofde van haar makfoul met zich hebben meegebracht.

214. De Franse staat antwoordde hierop dat de weigering van het hof van beroep van Lyon om de adoptie uit te spreken geen schending impliceerde van het recht op eerbiediging van familie- en privéleven, omwille van het gegeven dat deze adoptieweigering volgens hem niet de continuïteit van het familieleven van verzoekster hinderde. Verzoekster had volgens de Franse staat immers wel degelijk nog de mogelijkheid om, ingevolge de erkenning van rechtswege van de Algerijnse kafala-akte in Frankrijk, de belangrijkste rechten over haar makfoul uit te oefenen, zoals het recht om het kind te verzorgen en het te vertegenwoordigen in alle burgerrechtelijke handelingen. De Franse staat meende bovendien dat de beslissing van het hof van beroep van Lyon tot adoptieweigering in het belang van het kind was. Een toekenning van de adoptie zou immers een situatie van hinkende rechtsverhoudingen hebben doen ontstaan. Men wees tot slot ook nog op de mogelijkheid voor de makfoul om na een termijn van vijf jaar de Franse nationaliteit te verkrijgen en als gevolg daarvan alsnog te kunnen worden geadopteerd door verzoekster.

⁴³⁷ Het artikel 21-12 C.Civ. geeft aan kinderen die al vijf jaar in Frankrijk verblijven en worden opgevangen door een persoon met de Franse nationaliteit de mogelijkheid om de Franse nationaliteit te verwerven. Dit is een manier om de toepassing van het artikel 370-3, tweede lid C.Civ. te omzeilen en alsnog over te gaan tot een adoptie.

B. Beslissing Europees Hof voor de Rechten van de Mens

215. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens sloot zich in deze zaak uiteindelijk aan bij de mening van de Franse staat. Het merkte vooreerst op dat het artikel 8 EVRM geen recht inhoudt op het stichten van een familie noch op de verkrijging van een adoptie.⁴³⁸ Daarnaast stelde het Hof vast dat verzoekster zich niet beklaagde over een schending van haar recht op eerbiediging van familie- en privéleven, maar dat zij enkel meende dat de vaststelling van een ouder-kind relatie tussen zij en haar makfoul noodzakelijk was om het recht op eerbiediging van familie- en privéleven te kunnen blijven garanderen. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens leidde hieruit af dat de vraag omtrent de verenigbaarheid van de adoptieweigering met het artikel 8 EVRM diende te worden bekeken in termen van een positieve verplichting in hoofde van de Franse staat. De Franse staat heeft volgens het Hof de verplichting om de ontwikkeling van de familiebanden tussen verzoekster en haar makfoul mogelijk te maken en op die manier de integratie van het kind in Frankrijk te bevorderen.

216. Het Hof merkte in dit verband in de eerste plaats op dat de lidstaten die deel uitmaken van de Raad van Europa en die worden geconfronteerd met een verzoek tot omzetting van een kafala-akte in een adoptie deze kwestie op verschillende wijzen oplossen. Er bestaat met betrekking tot deze problematiek met andere woorden geen eensgezindheid onder de lidstaten van de Raad van Europa. Dit heeft volgens het Hof tot gevolg dat een lidstaat die deel uitmaakt van de Raad van Europa, zoals Frankrijk, beschikt over een ruime marge van appreciatie bij de beoordeling van een verzoek tot omzetting van een kafala-akte in een adoptie.

217. Het wees in de tweede plaats op het gegeven dat deze zaak duidelijk moest worden onderscheiden van het Wagner – arrest, waar het Hof wel had besloten tot een schending van het artikel 8 EVRM.⁴³⁹

⁴³⁸ EHRM 22 januari 2008, nr. 43546/02, E.B./Frankrijk.

⁴³⁹ EHRM 28 juni 2007, nr. 76240/01, Wagner J.M.W.L./Luxemburg.

Terwijl het Wagner – arrest handelde over de erkenning van een in het buitenland tot stand gekomen adoptieakte, ging het in het Harroudj – arrest om een verzoek tot omzetting van een buitenlandse kafala-akte in een volledig nieuwe rechtsfiguur, namelijk een adoptie.⁴⁴⁰ De situatie waarvan er sprake was in het Wagner – arrest moest volgens het Europees Hof voor de Rechten van de Mens een grotere bescherming krijgen dan de situatie waarin Harroudj zich bevond, aangezien het Wagner-arrest was gebaseerd op een legitiem vertrouwen van verzoekster in de erkenning van een rechtsgeldig in het buitenland tot stand gekomen adoptieakte.⁴⁴¹

218. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens stelde vervolgens dat de adoptieweigering op grond van het artikel 370-3, tweede lid C.Civ. geen gevaar vormde voor de verdere continuïteit van het familieleven van verzoekster en haar makfoul. Dit omdat verzoekster er in het kader van de uitoefening van het ouderlijk gezag dat aan haar was toegekend ten gevolge van de kafala-akte, die in Frankrijk in beginsel van rechtswege moet worden erkend en waarvan de rechtsgevolgen in deze zaak volgens het Hof vergelijkbaar waren met de rechtsgevolgen van een voogdij, wel degelijk toe gemachtigd was om elke beslissing te nemen met betrekking tot het kind. Het kind droeg bovendien reeds de naam van verzoekster.

Het Hof veegde bovendien de bezwaren van verzoekster van tafel door te stellen dat zij, hoewel een makfoul geen recht op erfopvolging heeft in het vermogen van zijn kafil, wel zonder meer de mogelijkheid had om het kind te bevoordeligen bij wijze van een testament. Verzoekster kon volgens het Hof overigens probleemloos haar moeder aanduiden als voogd van het kind wanneer zijzelf zou komen te overlijden. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens was dan ook van mening dat de toekenning van een adoptie verzoekster met betrekking tot de continuïteit van haar familieleven niet meer rechten zou hebben verleend dan deze die zij reeds bezat ten gevolge van een erkenning van haar Algerijnse kafala-akte in Frankrijk.

⁴⁴⁰ S. BOLLEE, “La conformité à la Convention européenne des droits de l’homme de l’interdiction d’adopter un enfant recueilli en kafala (Cour eur. dr. h., Harroudj c. France, 4 octobre 2012)”, *Rev.trim.DH* 2013, afl. 95, (717) 721.

⁴⁴¹ P. HAMMJE, “L’interdiction d’adoption face aux droits fondamentaux”, *Revue Dalloz* 2012, 2947.

Het Hof hechtte in deze zaak klaarblijkelijk minder belang aan de formele vaststelling van een adoptieve afstammingsband dan aan de effectieve mogelijkheid van verzoekster om een familieleven met het kind te leiden.⁴⁴²

219. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens benadrukte tot slot ook nog de mogelijkheid voor verzoekster om haar makfoul alsnog te adopteren vanaf het ogenblik dat de makfoul vijf jaar in Frankrijk verblijft en opgevangen wordt door een persoon die de Franse nationaliteit bezit en op die manier alsnog een duurzaam verblijfsrecht te verkrijgen in Frankrijk in hoofde van het kind. Het adoptieverbod, zoals gestipuleerd in het artikel 370-3, tweede lid C.Civ., is volgens het Hof dus niet absoluut, maar slechts tijdelijk.

Terwijl verzoekster zich beklaagde over het feit dat deze termijn van vijf jaar excessief lang is, benaderde het Hof deze mogelijkheid niet als een situatie die minder gunstig is ten opzichte van geadopteerde kinderen die ten gevolge van hun adoptie onmiddellijk de Franse nationaliteit verkrijgen. Het Hof zag deze mogelijkheid eerder als een (vrijwillige) versoepeling van het adoptieverbod en dus als een faciliteit geboden door de Franse staat aan personen die een kind onder kafala hebben en het wensen te adopteren.⁴⁴³ Het Hof oordeelde dat de Franse wetgever hiermee respect toont voor het cultureel pluralisme en erin is geslaagd een rechtvaardig evenwicht te vinden tussen het publieke belang en dat van het kind. De Franse staat moedigt volgens het Europees Hof voor de Rechten van de Mens op deze manier de integratie aan van kinderen van vreemde origine op het Franse grondgebied, zonder onmiddellijk de banden met hun herkomstland te verbreken.

220. Dit alles in acht genomen, oordeelde het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in deze zaak dat de onmogelijkheid tot omzetting van een kafala-akte in een adoptie, zoals gestipuleerd in het artikel 370-3, tweede lid C.Civ., niet in strijd was met het recht op eerbiediging van familie- en privéleven en aldus geen schending uitmaakte van het artikel 8 EVRM.

C. Kritiek

⁴⁴² D. VAN GRUNDERBEECK en C.H. SIEBURGH, “Privaatrecht en grondrechten”, *TPR* 2014, afl. 2, (643) 645.

⁴⁴³ S. CORNELOUP, “L’adoption internationale en France, Kafala, loi personnelle de l’enfant et vie familiale”, *Rev.crit.dr.intern.privé* 2013, afl. 1, (161) 169.

221. De beslissing van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens om tot een niet-schending van het artikel 8 EVRM te besluiten, werd genomen met unanimitéit van de stemmen. Deze unanimitéit is op zijn minst opmerkelijk te noemen, aangezien een gelijkaardige beslissing van het Franse Hof van Cassatie in 2009 destijds wel het voorwerp heeft uitgemaakt van allerhande kritiek. Veel auteurs waren er dan ook van overtuigd dat het adoptieverbod niet zou weerstaan aan een controle door het Hof van de relevante bepalingen van het EVRM.⁴⁴⁴ Er kunnen ook volgens mij enkele kritische bemerkingen worden gemaakt met betrekking tot de besluitvorming van het Europees Hof van de Rechten van de Mens in deze zaak, zoals in verband met het belang van het kind en het ontstaan van een situatie van hinkende rechtsverhoudingen. Het lijkt mij echter zinvol om mij er in het kader van dit punt 5.5 van deze masterproef toe te beperken enkel de kritiek die specifiek betrekking heeft op de continuïteit van het familieleven te bespreken.

222. Het Hof stelde in deze zaak dat de toekenning van een adoptie verzoekster met betrekking tot de continuïteit van haar familieleven niet meer rechten zou verlenen dan deze die zij reeds bezat ten gevolge van de erkenning van haar Algerijnse kafala-akte in Frankrijk, zoals het recht op de uitoefening van het ouderlijk gezag.⁴⁴⁵ Het Hof meende dat het familieleven van verzoekster en dat van haar makfoul ook zonder de totstandkoming van een ouder-kind relatie normaal kon verlopen.⁴⁴⁶ Verzoekster ondervond volgens het Hof dan ook geen enkel nadeel van de beslissing tot weigering van het verzoek tot adoptie van het kind dat zij onder kafala had.

223. Men kan zich volgens Van Grunderbeeck, vrij wetenschappelijk medewerkster verbonden aan het Instituut voor Familierecht en Jeugdrecht van de K.U. Leuven, en Sieburgh, professor Burgerlijk Recht aan de Raboud Universiteit van Nijmegen, echter afvragen of deze uitspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens niet eerder neerkomt op een ontkenning van de realiteit van de beperkte gevolgen van de kafala in Frankrijk.⁴⁴⁷

⁴⁴⁴ S. CORNELOUP, "L'adoption internationale en France, Kafala, loi personnelle de l'enfant et vie familiale", *Rev.crit.dr.intern.privé* 2013, afl. 1, (161) 163.

⁴⁴⁵ *Supra* 105, nr. 218.

⁴⁴⁶ P. HAMMJE, "L'interdiction d'adoption face aux droits fondamentaux", *Revue Dalloz* 2012, 2947.

⁴⁴⁷ D. VAN GRUNDERBEECK en C.H. SIEBURGH, "Privaatrecht en grondrechten", *TPR* 2014, afl. 2, (643) 645.

224. Hammje, professor verbonden aan het Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit van Nantes, meent dat het Hof in deze zaak inderdaad de realiteit van het rechtsinstituut van de kafala heeft verloochend.⁴⁴⁸ Dit lijkt mij een terechte opmerking te zijn, onder meer gelet op het gegeven dat de loutere erkenning van een kafala-akte in Frankrijk bijvoorbeeld geen verblijfsrecht van meer dan drie maanden voor de makfoul met zich meebrengt.⁴⁴⁹ Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens kon volgens mij in deze zaak dan ook niet beweren dat het recht op eerbiediging van familie- en privéleven van verzoekster en haar makfoul op eenzelfde wijze kon worden gegarandeerd als in geval van een adoptie wanneer er ingevolge een kafala geen verblijfsrecht tot stand komt in hoofde van de makfoul, terwijl dit wel het geval is bij een adoptie in hoofde van de geadopteerde.

In tegenstelling tot wat het Hof in deze zaak heeft beslist, ondervond verzoekster volgens mij dus wel degelijk nadeel op het vlak van de continuïteit van haar familielevens ten gevolge van de beslissing tot weigering van het verzoek tot adoptie van het kind door verzoekster. Ik vind dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in deze zaak dan ook wel had moeten besluiten tot een schending van het artikel 8 EVRM.

225. Bovendien lijkt ook het standpunt van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens dat verzoekster perfect de mogelijkheid had om haar makfoul te bevoordeligen bij wijze van een testament om tegemoet te komen aan het gebrek aan een recht tot erfopvolging en verzoekster voor wat dat betreft dus ook geen enkel nadeel ondervond door de beslissing tot weigering van het adoptieverzoek⁴⁵⁰ niet helemaal correct te zijn. Corneloup, professor Internationaal Privaatrecht en Vreemdelingenrecht aan de Universiteit van Bourgogne, meent wat dit betreft dat het Hof met deze stelling complete abstractie heeft gemaakt van het fiscale regime dat aanzienlijk minder gunstig is in geval van testamentaire erfopvolging dan in geval van wettelijke erfopvolging.⁴⁵¹

5.5.2. CHBIHI LOUDOUDI – ARREST

⁴⁴⁸ P. HAMMJE, “L’interdiction d’adoption face aux droits fondamentaux”, *Revue Dalloz* 2012, 2947.

⁴⁴⁹ FIJI-RA, “La kafala: lettre thématique n° 24”, 2012, www.fiji-ra.fr/wp-content/uploads/2015/05/Lettre-n%C2%B024-La-kafala-Avril-2012.pdf, 2.

⁴⁵⁰ *Supra* 105, nr. 218.

⁴⁵¹ S. CORNELOUP, “L’adoption internationale en France, Kafala, loi personnelle de l’enfant et vie familiale”, *Rev.crit.dr.intern.privé* 2013, afl. 1, (161) 168.

226. Het tweede arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens dat ging over de verenigbaarheid van een weigering tot omzetting van een kafala-akte in een adoptie met het recht op eerbiediging van familie- en privéleven was het Chbihi Loudoudi – arrest.⁴⁵²

A. Feiten

227. Verzoekers, een getrouwd koppel met de Belgische nationaliteit, wensten in deze zaak een kind dat zij al onder kafala hadden, meer bepaald een Marokkaanse nicht van één van verzoekers die geboren was in het jaar 1995, te adopteren. Het ging dus om een intrafamiliale kafala waarbij de biologische ouders van het kind hun toestemming tot de kafala hadden gegeven. Een notariële kafala-akte werd opgesteld op 4 september 2002 en werd een dag later gehomologeerd door de rechtbank van eerste aanleg in Meknes, Marokko. Verzoekers kregen van diezelfde rechtbank op 11 november 2003 de toestemming om het Marokkaanse grondgebied te verlaten om zich op een permanente wijze te vestigen in België met het kind.

Er werd op 19 augustus 2003 in België een gewone adoptieakte opgesteld door een notaris. Echter, de rechtbank van eerste aanleg en het hof van beroep van Brussel weigerden deze adoptieakte te homologeren. Zij waren de mening toegedaan dat er in de eerste plaats niet was voldaan aan de voorwaarden die zijn besloten in het artikel 361-5 BW. Het betrof immers geen kind dat wees was of dat het voorwerp uitmaakte van een verklaring van verlatenheid en onder voogdij van een publieke overheid was geplaatst. Het hof van beroep van Brussel wees er in de tweede plaats op dat de adoptie een nieuw juridisch statuut inhoudt dat, in tegenstelling tot de kafala, een juridische afstammingsband vaststelt. Een gewone adoptie kon volgens het hof dan ook niet worden gelijkgesteld met een kafala. Het creëren van een adoptie was in casu bovendien een delicate kwestie, aangezien het kind in deze zaak nog contact had met zijn biologische ouders die in het herkomstland waren gebleven. De toekenning van een adoptie zou volgens het hof van beroep van Brussel ook tot gevolg hebben gehad dat er een situatie van hinkende rechtsverhoudingen zou ontstaan omwille van het gegeven dat de Belgische adoptie in Marokko niet zou worden erkend.⁴⁵³

⁴⁵² EHRM (2^e afd.) 16 december 2014, nr. 52265/10, Loudoudi/België.

⁴⁵³ X., “Weigering adoptie van kind onder kafalagezag was geen schending van recht op familie- en privéleven”, *T.Vreemd.* 2015, afl. 2, (143) 143.

Verzoekers tekenden in deze zaak geen cassatieberoep aan tegen het arrest van het hof van beroep van Brussel van 19 mei 2010 wegens een schending van het artikel 8 EVRM, omdat het Bureau voor Rechtsbijstand hen had geweigerd rechtsbijstand te verlenen op basis van een negatief advies van een advocaat bij het Hof van Cassatie omtrent de slaagkans van een cassatieberoep door verzoekers. Zij wendden zich uiteindelijk tot het Europees Hof voor de Rechten van de Mens om hun verzoek tot homologatie van de gewone adoptieakte alsnog gegrond te horen verklaren.

228. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens werd er door verzoekers toe aangezocht om de beslissing van het Brusselse hof van beroep tot homologatieweigering van hun gewone adoptieakte te toetsen aan het artikel 8 EVRM. Verzoekers meenden immers dat deze beslissing van het hof van beroep van Brussel van 19 mei 2010 in strijd was met het belang van hun makfoul, omdat het hof volgens hen bij het nemen van zijn beslissing geen rekening had gehouden met de sociale realiteit van het kind en de negatieve gevolgen van een homologatieweigering op zijn dagelijkse leven. Ter staving hiervan, verwezen verzoekers in hoofdzaak naar het onzekere karakter van het verblijfsstatuut van hun makfoul in België dat de weigering tot homologatie van een adoptieakte met zich zou meebrengen. Immers, enkel het rechtsinstituut van de adoptie verschaft het kind een verblijfsrecht van meer dan drie maanden in België. De loutere erkenning van rechtswege van een buitenlandse kafala-akte doet, zoals al vermeld, daarentegen geen verblijfsrecht van meer dan drie maanden ontstaan in hoofde van een makfoul.⁴⁵⁴ Deze afwezigheid van een recht op verblijf van meer dan drie maanden was volgens verzoekers in strijd met het belang van hun makfoul, aangezien de makfoul verzoekers beschouwde als zijn “echte” ouders en hij België aanzag als zijn geboorteland.

229. De Belgische staat betwistte integraal het standpunt van verzoekers in deze zaak. Men wees in de eerste plaats op het gegeven dat de Belgische gerechten in casu beschikten over een ruime marge van appreciatie bij de beoordeling van een verzoek tot homologatie van een adoptieakte op basis van een kafala-akte. Zij konden volgens de Belgische staat dan ook probleemloos stellen dat een kafala volgens hen niet kan worden gelijkgesteld met een adoptie en dat er in casu niet was voldaan aan de voorwaarden die zijn vervat in het artikel 361-5 BW voor de toekenning van een adoptie.

⁴⁵⁴ *Supra* 63, nr. 154.

De Belgische staat stelde dat de Belgische gerechten ook omtrent de invulling van het begrip “belang van het kind” beschikten over een ruime appreciatiemarge, omwille van het gebrek aan eenvormigheid in het internationaal recht. Het Brusselse hof van beroep was hierover van oordeel geweest dat het verzoek tot homologatie van de gewone adoptieakte moest worden geweigerd ter eerbiediging van het recht op familie- en privéleven en om elk misbruik van het rechtsinstituut van de adoptie te vermijden. Het hof meende bovendien dat het in het belang was van het kind om het contact met zijn biologische ouders in het herkomstland te behouden. De toekenning van een adoptie aan verzoekers zou het verder behoud van dit contact volgens het hof verhinderen. En zelfs mocht een adoptie zijn toegestaan geweest, zou deze toekenning volgens het Brusselse hof van beroep een situatie van hinkende rechtsverhoudingen hebben doen ontstaan die geenszins in het belang zou zijn geweest van het kind.

De Belgische staat stelde ook nog dat verzoekers niet hebben aangetoond waarom de homologatieweigering volgens hen precies een schending uitmaakte van hun recht op eerbiediging van familie- en privéleven. Immers, verzoekers hebben volgens de Belgische staat steeds kunnen samenleven met het kind, het kind heeft steeds naar school kunnen gaan enzovoort. Tot slot meende de Belgische staat nog dat verzoekers ook een beroep hadden kunnen doen op het rechtsinstituut van de pleegvoogdij om een juridisch statuut met hun makfoul te verkrijgen en waarvan de rechtsgevolgen overeenstemmen met deze van een kafala, wat zij in casu hebben nagelaten te doen.

B. Beslissing Europees Hof voor de Rechten van de Mens

230. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens sloot zich ook in deze zaak volledig aan bij de mening van de Belgische staat. Hoewel het Hof stelde dat er op de Belgische staat een positieve verplichting rustte om de ontwikkeling van familiale banden te waarborgen en het kind een juridische bescherming te geven die een integratie van het kind in zijn familie mogelijk maakt, was het ook hier de mening toegedaan dat de adoptieweigering geen inbreuk uitmaakte op het recht op eerbiediging van familie- en privéleven van verzoekers en hun makfoul. De weigering tot adoptie weerhield verzoekers er volgens het Hof niet van om een feitelijk familieleven te leiden.

231. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens oordeelde bovendien dat het Brusselse hof van beroep bij zijn beslissing tot adoptieweigering wel degelijk een concrete toetsing van het belang van het kind had doorgevoerd. Het hof van beroep van Brussel kende in deze zaak een zwaar gewicht toe aan het gegeven dat het kind nog steeds contact had met zijn biologische ouders in zijn herkomstland en aan het probleem van het ontstaan van een situatie van hinkende rechtsverhoudingen bij de toekenning van een adoptie. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens was van oordeel dat het Brusselse hof van beroep dit perfect kon doen, gelet op zijn ruime marge van appreciatie.

232. Het Hof wees daarenboven nogmaals op de mogelijkheid voor verzoekers om een beroep te doen op het rechtsinstituut van de pleegvoogdij om hun familieband alsnog op een zekere wijze te laten erkennen, zelfs als de afloop van deze procedure onzeker is.

233. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens ging tot slot ook akkoord met de stelling van de Belgische staat die stelde dat verzoekers geen enkel concreet element hadden aangevoerd dat het bewijs opleverde van een schending van het recht op eerbiediging van familie- en privéleven. Hoewel verzoekers in hoofdzaak de onzekerheid van het verblijfsrecht van hun makfoul hadden opgeworpen, meende het Hof dat zij in werkelijkheid steeds de mogelijkheid hadden gehad om met elkaar samen te leven. Immers, het tijdelijk verblijfsrecht van het kind werd in casu steeds verlengd, waardoor het voor de makfoul en verzoekers perfect mogelijk was om het bestaan van hun familie- en privéleven in stand te houden. Het Hof verwees ter staving hiervan naar zijn vaste rechtspraak omtrent het artikel 8 EVRM, die in dit kader geen recht erkent om in een bepaald land te verblijven of om een verblijfsrecht te verkrijgen in een land naar keuze.⁴⁵⁵

234. Al het voorgaande in acht genomen, oordeelde het Europees Hof voor de Rechten van de Mens dat de beslissing tot weigering van adoptie in hoofde van verzoekers die een kind onder kafala hadden, niet in strijd was met het recht op eerbiediging van familie- en privéleven en aldus geen schending uitmaakt van het artikel 8 EVRM. Het Hof bevestigde in deze zaak aldus zijn zienswijze van uit het Harroudj – arrest.

⁴⁵⁵ X., “EHRM (2e afd.) 16 december 2014, nr. 52265/10, Loudoudi/België”, *T.Vreemd.* 2015, afl. 2, 118; AGENTSCHAP INTEGRATIE EN INBURGERING, “Rechtspraak Vreemdelingenrecht & IPR: Europees Hof voor de Rechten van de Mens 16-12-2014”, www.kruispuntmi.be/europees-hof-voor-de-rechten-van-de-mens-16-12-2014.

C. Kritiek

235. In tegenstelling tot het Harroudj – arrest⁴⁵⁶, werd deze beslissing van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens om tot een niet-schending van het artikel 8 EVRM te besluiten niet genomen met unanimiteit van de stemmen. Maar liefst drie van de zeven rechters formuleerden een afwijkende opinie die volgens mij enkele terechte punten van kritiek omvat. Ik zal mij er ook hier toe beperken enkel de kritiek in verband met de continuïteit van het familieleven te bespreken.

236. Het Chbihi Loudoudi – arrest moet in de eerste plaats onderscheiden worden van het Harroudj – arrest. Hoewel de uiteindelijke beslissing van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens dezelfde was, was zowel de manier waarop het Hof tot zijn beslissing is gekomen als de feiten in beide zaken enigszins anders.⁴⁵⁷

Wat betreft de feiten, ging het in het Chbihi Loudoudi – arrest om een verzoek tot homologatie van een gewone adoptieakte van een nicht die verzoekers door middel van een notariële kafala-akte onder zich hadden, terwijl het Harroudj – arrest handelde over een verzoek tot omzetting van een gerechtelijke kafala-akte in een volle adoptie door verzoekers van een kind dat zij al sinds kort na de geboorte onder kafala hadden. Het kind bleek in het Chbihi Loudoudi – arrest ook nog contact te hebben met zijn biologische ouders in het herkomstland, wat niet het geval was in het Harroudj – arrest waar het kind was geboren uit een onbekende vader en moeder. Het belangrijkste feitelijke verschil tussen beide arresten situeerde zich dan ook op het vlak van het bestaan van een oorspronkelijke afstammingsband in hoofde van de makfoul: in tegenstelling tot in het Harroudj – arrest, beschikte het kind in het Chbihi Loudoudi – arrest wel al over een juridische afstammingsband.

Wat betreft de wijze van besluitvorming, haalden verzoekers bijvoorbeeld, in tegenstelling tot in het Harroudj – arrest, in het Chbihi Loudoudi – arrest wel concrete elementen uit hun dagelijkse leven aan om te staven waarom volgens hen hun recht op eerbiediging van familie- en privéleven geschonden was.⁴⁵⁸

⁴⁵⁶ *Supra* 107, nr. 221.

⁴⁵⁷ H. FULCHIRON, “[Chronique] Vie privée et familiale”, *EJHR* 2015, afl. 5, (671) 694 – 695.

⁴⁵⁸ *Infra* 115, nr. 239.

Men hoopte dan ook dat het resultaat van in het Harroudj – arrest, namelijk een niet-schending van het recht op eerbiediging van familie- en privéleven, in het Chbihi Loudoudi – arrest anders zou zijn. Dit bleek helaas echter niet het geval te zijn.⁴⁵⁹

237. Wat betreft de continuïteit van het familieleven dan, is het Europees Hof voor de Rechten van de Mens volgens de drie rechters in het Chbihi Loudoudi – arrest volledig voorbijgegaan aan het gegeven dat een makfoul in België, in tegenstelling tot wat het geval is in Frankrijk⁴⁶⁰, in beginsel geen enkele mogelijkheid heeft om zijn verblijf te regulariseren, ook niet na verloop van een bepaalde termijn. De mogelijkheid tot verkrijging van een verblijfsrecht van meer dan drie maanden in Frankrijk ten gevolge van de toekenning van een adoptie, die mogelijk is na het verstrijken van een termijn van vijf jaar, vormde voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in het Harroudj – arrest een belangrijk motief om te besluiten dat de adoptieweigering de continuïteit van het familieleven niet hinderde en er dus geen sprake was van een schending van het artikel 8 EVRM. Deze mogelijkheid bestaat zoals gezegd daarentegen niet in België, maar toch besliste het Hof ook in het Chbihi Loudoudi – arrest zonder meer dat de continuïteit van het familieleven niet in gevaar kwam door een adoptieweigering.

238. Ik vind dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens bij het nemen van zijn beslissing tot een niet-schending van het artikel 8 EVRM in het Chbihi Loudoudi – arrest dan ook wat kort door de bocht lijkt te zijn gegaan. Terwijl de beslissing van het Hof om tot een niet-schending van het recht op eerbiediging van familieleven in het Harroudj – arrest te besluiten nog enigszins te volgen valt omdat het kind in Frankrijk na vijf jaar alsnog de mogelijkheid heeft om te worden geadopteerd en op die manier een verblijfsrecht van meer dan drie maanden te verwerven, is dit volgens mij niet het geval voor diezelfde beslissing die het Hof heeft genomen in het Chbihi Loudoudi – arrest. Het kind had in deze laatste zaak in beginsel immers helemaal geen mogelijkheid om nu of op enig later ogenblik een verblijfsrecht van meer dan drie maanden te verkrijgen, omdat het adoptieverbod in België wel definitief is⁴⁶¹.

⁴⁵⁹ J. DUCHESNE, *L'intérêt supérieur de l'enfant et la diversité culturelle : approche sous le regard de la kafala*, masterproef Rechten Université libre de Bruxelles, 2015, 46.

⁴⁶⁰ *Supra* 106, nr. 219.

⁴⁶¹ F. MARCHADIER, “Refus de prononcer l'adoption d'une enfant confiée au titre de la kafala”, *Rev.crit.dr.intern.privé*. 2015, 432.

Immers, wanneer er ab initio niet is voldaan aan de voorwaarden die worden gesteld in het artikel 361-5 BW kan men na het verstrijken van een bepaalde periode niet plotseling wel nog worden geadopteerd.

Dit definitieve karakter van het adoptieverbod leidde volgens de drie rechters tot een inflexibiliteit van het Belgische recht inzake de adoptie van een kind dat afkomstig is uit een land dat het rechtsinstituut van de adoptie niet kent en maakte volgens hen dan ook een schending uit van het recht op eerbiediging van familie- en privéleven van verzoekers en het kind.⁴⁶²

239. De drie rechters meenden bovendien dat deze definitieve adoptieweigering in casu had geleid tot grote problemen in het dagelijkse leven van het kind, namelijk mentale stress, een gevoel van schaamte in het hoofde van het kind ten aanzien van zijn vrienden en klasgenoten, de onmogelijkheid om deel te nemen aan schoolreizen enzovoort. Men was van mening dat het Hof de invloed van deze tekorten op het dagelijkse leven van de makfoul in deze zaak heeft onderschat.⁴⁶³ Deze gebreken konden volgens de drie rechters niet worden opgevangen door het rechtsinstituut van de pleegvoogdij, temeer omdat de kafala destijds ook niet was gebeurd met het oog op een pleegvoogdij, maar met het oog op een adoptie. Dit lijkt mij een terechte opmerking te zijn, mede gelet op het feit dat een pleegvoogdij ook geen verblijfsrecht van meer dan drie maanden met zich meebrengt.⁴⁶⁴

Echter, Marchadier, professor Internationaal Privaatrecht aan de Universiteit van Poitiers, meende hierover dat de problemen die het kind in casu heeft ondervonden ten gevolge van de adoptieweigering niet mogen worden overschat.⁴⁶⁵ Hij stelt immers vast dat de Dienst Vreemdelingenzaken, afgezien van een relatief korte periode van zeven maanden, gedurende de negen jaren die de makfoul al in België verbleef telkens een verlenging van zijn visum kort verblijf aan hem had toegestaan. Het kind heeft dus eigenlijk negen jaar lang nodeloos stress geleden, aangezien zijn verblijf in België in feite nooit werd bedreigd en steeds zonder problemen werd verlengd.

⁴⁶² F. MARCHADIER, “Refus de prononcer l’adoption d’une enfant confiée au titre de la kafala”, *Rev.crit.dr.intern.privé*. 2015, 432.

⁴⁶³ J. DUCHESNE, *L’intérêt supérieur de l’enfant et la diversité culturelle : approche sous le regard de la kafala*, masterproef Rechten Université libre de Bruxelles, 2015, 54.

⁴⁶⁴ *Supra* 99, nr. 207.

⁴⁶⁵ F. MARCHADIER, “Refus de prononcer l’adoption d’une enfant confiée au titre de la kafala”, *Rev.crit.dr.intern.privé*. 2015, 432.

Het enige nadeel dat de makfoul ten gevolge van zijn tijdelijk verblijfsrecht effectief heeft moeten ondergaan, is volgens Marchadier het gegeven dat hij niet heeft kunnen deelnemen aan een schoolreis. Marchadier meent dan ook dat de stelling van verzoekers dat de onzekerheid omtrent het verblijfsrecht van hun makfoul een inbreuk uitmaakte op de continuïteit van het familieleven enigszins dient te worden genuanceerd.

5.6. TOEKOMSTPERSPECTIEF

240. Het arrest van het Gentse hof van beroep van 13 maart 2013 en daarmee samenhangend de onontvankelijkheidsverklaring van het cassatieberoep van verzoekers door het Hof van Cassatie bij arrest van 14 september 2015 heeft er zoals gezegd toe geleid dat er sindsdien in België geen enkele kafala-akte nog kan worden omgezet in een adoptie.⁴⁶⁶ Ik heb in het punt 4.3 van deze masterproef verkondigd dat het nu aan de bevoegde federale autoriteiten is om een oplossing te vinden voor dit probleem.

241. Ik was dan ook zeer benieuwd om eens na te gaan of de federale wetgever ondertussen al concrete stappen heeft ondernomen om een oplossing te vinden voor deze toch wel urgente kwestie. Ik heb daarom contact opgenomen met het kabinet van minister van Justitie met de vraag om mij hierover een woordje uitleg te willen verschaffen. Prof. dr. Wuyts wist mij hierover te vertellen dat het kabinet inmiddels in samenspraak met de gemeenschappen een wetgevend initiatief heeft voorbereid om tegemoet te komen aan deze problematiek. Het is de bedoeling om het wetgevend initiatief onder te brengen in Potpourri V.

Dit wetgevend initiatief werd ondertussen goedgekeurd door de werkgroep Beleidscoördinatie (vroeger: Interkabinettenwerkgroep) en is momenteel op weg naar de Ministerraad ter goedkeuring. Men hoopt dat de Ministerraad het wetgevend initiatief nog zal goedkeuren vóór het zomerreces. Het zal vervolgens nog aan de Raad van State zijn om hierover een advies te verlenen. Het wetsontwerp kan daarna, hopelijk in oktober – november 2016, worden overgezonden naar het federale Parlement ter goedkeuring. Indien ook het federale Parlement het wetsontwerp goedkeurt, kunnen de gewijzigde bepalingen nadien in werking treden.

⁴⁶⁶ *Supra* 94, nr. 200.

242. Men heeft met dit wetgevend initiatief gepoogd om voor eens en voor altijd duidelijkheid te verschaffen over de vraag of de toestemming van de ouders of de wettelijke vertegenwoordiger van een kind (artikelen 348-3 – 348-5 BW en artikel 358, tweede lid BW) ook nog is vereist bij een verzoek tot omzetting van een kafala-akte in een adoptie wanneer het recht van de staat waar het kandidaat-adoptiekind onmiddellijk voorafgaand aan de overbrenging ter adoptie zijn gewone verblijfplaats had het rechtsinstituut van de kafala niet kent (artikel 361-5 BW). Zoals al vermeld, hielden de Franstalige gerechten en het hof van beroep van Gent er hierover immers een andere mening op na.⁴⁶⁷

243. Hoe ziet het wetgevend initiatief dat werd opgesteld door het kabinet van minister van Justitie, Koen Geens, er nu precies uit? Een eerste wetswijziging heeft betrekking op het artikel 68, tweede lid WIPR waar de woorden “toestemming van de geadopteerde” zullen worden vervangen door de woorden “de in het eerste lid bedoelde toestemming”. Dit betekent dat de toestemming van de ouders of de wettelijke vertegenwoordiger van het kind tot een adoptie, net zoals de toestemming van het kind zelf, voortaan zal worden geregeld door het Belgische recht in plaats van door het recht van het Maghreb-land waar het kandidaat-adoptiekind onmiddellijk voorafgaand aan de overbrenging ter adoptie zijn gewone verblijfplaats had, bijvoorbeeld Marokko⁴⁶⁸. Men zal door middel van deze wetsaanpassing komaf maken met het probleem dat er in feite nooit kon zijn voldaan aan de vereiste van toestemming van de ouders of de wettelijke vertegenwoordiger van het kind wiens herkomstland het rechtsinstituut van de adoptie niet kent tot zijn adoptie⁴⁶⁹.

Deze wetswijziging, die voortaan verwijst naar de toepassing van het Belgische recht op de toestemmingsvereiste van de ouders of de wettelijke vertegenwoordiger van een kind wiens herkomstland het rechtsinstituut van de adoptie niet kent tot zijn adoptie, gaat hand in hand met een tweede wetswijziging, namelijk de invoeging van het nieuwe artikel 348-5/1 BW. Dit nieuwe artikel zal als volgt luiden: “In afwijking van de artikelen 348-3 en 348-5 wordt, in geval van adoptie zoals bedoeld in artikel 361-5, de toestemming gegeven door een voogd ad hoc aangewezen door de rechtbank op verzoek van iedere betrokken persoon of van de procureur des Konings”.

⁴⁶⁷ *Supra* 92, nr. 196.

⁴⁶⁸ *Supra* 85, nr. 184.

⁴⁶⁹ *Supra* 85, nr. 184.

Dit nieuwe wetsartikel zal tot gevolg hebben dat de toestemming van de ouders of de wettelijke vertegenwoordiger van een kind wiens herkomstland het rechtsinstituut van de adoptie niet kent tot zijn adoptie niet langer zal zijn vereist. Deze toestemming zal automatisch worden vervangen door de toestemming van een voogd ad hoc. Ter verantwoording hiervan, wordt in de memorie van toelichting bij het wetsontwerp vermeld dat de vereiste van toestemming van de ouders of de wettelijke vertegenwoordiger op grond van de artikelen 348-3 – 348-5 BW en het artikel 358, tweede lid BW ertoe leidde dat het artikel 361-5 BW in feite werd uitgehold doordat deze toestemmingen nooit konden worden bekomen omdat het Maghrebijnse recht (behalve het Tunesische recht) het rechtsinstituut van de adoptie niet kent. De mogelijkheid tot omzetting van een buitenlandse kafala-akte in een Belgische adoptie die de federale wetgever destijds met het artikel 361-5 BW had ingevoerd, kon dus in de praktijk in feite nooit worden toegepast.

De vervanging van deze toestemming van de ouders of de wettelijke vertegenwoordiger van het kind door de toestemming van een voogd ad hoc zorgt ervoor dat de adoptie na kafala naar de toekomst toe opnieuw mogelijk zal zijn. Deze oplossing wordt volgens de memorie van toelichting bij het wetgevend initiatief nu al gebruikt in bepaalde rechtspraak. Men doelt daarmee voornamelijk op de Franstalige Belgische gerechten. Minister van Justitie, Koen Geens, heeft zich met dit wetgevend initiatief duidelijk afgezet tegen het standpunt van het Gentse hof van beroep hierover in zijn arrest van 13 maart 2013.

6. BESLUIT

244. Het staat vast dat, ondanks de formele inwerkingtreding van het Haags Kinderbeschermingsverdrag in België op 1 september 2014, de bevoegde Belgische wetgever vooralsnog niet is overgegaan tot een implementatie van het artikel 33 van dat verdrag. Dit heeft tot gevolg dat een buitenlandse kafala-akte in België voorlopig nog niet wordt erkend als een op zichzelf staand rechtsinstituut met de daarbij horende rechtsgevolgen die in het land waar de kafala-akte werd opgesteld aan de kafala worden toegekend.

De bevoegde Belgische autoriteiten zullen op de erkenning van een buitenlandse kafala-akte voorlopig nog de rechtsgevolgen van een in België reeds bestaand rechtsinstituut, zoals deze van een pleegvoogdij, toepassen. Het rechtsinstituut van een pleegvoogdij verschaft een makfoul en zijn kafil echter bitter weinig rechten. Het belangrijkste recht dat ontbreekt ingevolge een pleegvoogdij is de toekenning van een verblijfsrecht van meer dan drie maanden in België aan de makfoul. De invoering van een specifiek beschermingsstatuut inzake kafala op grond van het artikel 33 van het Haags Kinderbeschermingsverdrag zou hieraan tegemoet kunnen komen. Het is dan ook van belang dat de bevoegde Belgische wetgever nu zo snel mogelijk de nodige stappen onderneemt voor de invoering van zo een beschermingsstatuut in België.

245. Er werden daarentegen wel al de nodige stappen ondernomen om tegemoet te komen aan het probleem van de onmogelijkheid tot omzetting van een buitenlandse kafala-akte in een adoptie dat is ontstaan ingevolge het arrest van het Gentse hof van beroep van 13 maart 2013 en daarmee samenhangend het arrest van het Hof van Cassatie van 14 september 2015. Het wetgevend initiatief van minister van Justitie, Koen Geens, maakt immers komaf met de toestemmingsvereiste van de ouders of de wettelijke vertegenwoordiger van een kind wiens herkomstland het rechtsinstituut van de adoptie niet kent tot zijn adoptie. Het feit dat deze toestemmingsvereiste dus niet langer een struikelblok zou mogen vormen bij de omzetting van een buitenlandse kafala-akte in een adoptie betekent dat zo een omzetting na de inwerkingtreding van de nieuwe wetsbepalingen opnieuw mogelijk zou moeten zijn. Het is dan ook in het grootste belang van de kandidaat-adoptanten die momenteel nog worden geconfronteerd met een weigering van een verzoek tot adoptie van een kind dat zij onder kafala hebben dat deze nieuwe wetsbepalingen nu zo snel mogelijk worden goedgekeurd en in werking kunnen treden.

7. BIBLIOGRAFIE

Wetgeving

Verdrag van New York inzake de rechten van het kind van 20 november 1989, *United Nations Treaty Series*, vol. 1577, 3.

Verdrag van Den Haag inzake de bevoegdheid, het toepasselijke recht, de erkenning, de tenuitvoerlegging en de samenwerking op het gebied van ouderlijke verantwoordelijkheid en maatregelen ter bescherming van kinderen van 19 oktober 1996, *Hague Conference on Private International Law*, www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=70.

Richtl.Parl. en Raad nr. 2004/38, 29 april 2004 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden (EEG), *Pb.L.* 30 april 2004, afl. 158, 77.

Code des obligations et des contrats (MAR) 12 augustus 1913, Dahi du 9 ramadan 1331, tel que modifié par la loi n° 53-05 relative à l'échange électronique de données juridiques, *Bulletin Officiel n° 6186* 12 september 1913, http://lexinter.net/LOTWVers4/delits_et_quasi-delits.htm.

Algemene Kinderbijslagwet 19 december 1939, *BS* 22 december 1939, 8.702.

Loi n° 1958-0027 (TUN) 4 maart 1958 relative à la tutelle publique, à la tutelle officieuse et à l'adoption, *Journal Officiel de la République Tunisienne* 7 maart 1958.

Wet 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, *BS* 31 december 1980, 14.584.

Law n° 184 (IT) 4 mei 1983, Children's right to a family, *Official Journal* (n° 133) 17 mei 1983, www.commissioneadozioni.it/media/66415/law%20184%20_1983%20_%20rev.pdf.

Loi n° 84-11 (DZA) 9 juni 1984 portant Code de la Famille, *Journal Officiel n° 24* 12 juni 1984.

Wet (NED) 8 december 1988 houdende regelen inzake de opnemings in Nederland van buitenlandse pleegkinderen met het oog op adoptie, *Stb.* 566.

Loi n° 2001-0052 (MRT) 19 juli 2001 portant Code du Statut Personnel, *Journal Officiel de la République Islamique de Mauritanie n° 1004* 15 augustus 2001, www.refworld.org/docid/3fc7652f2.html.

Loi n°15-01 (MAR) 13 juni 2002 relative à la prise en charge (kafala) des enfants abandonnés, Dahi n°1.02.172 du 1er rebia II 1423, *Bulletin Officiel n° 5036* 15 september 2002.

Loi n° 37-99 (MAR) 3 oktober 2002 relative à l'état civil, Dahi n° 1-02-239 du 25 rejeb 1423, *Bulletin Officiel* n° 5054 7 november 2002, <http://adala.justice.gov.ma/production/legislation/fr/Nouveautes/Etat%20civil.pdf>.

Adoption and Children Act (GB) 7 november 2002, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/38>.

Wet 24 april 2003 tot hervorming van de adoptie, *BS* 16 mei 2003, 26.956.

Loi n° 70-03 (MAR) 3 februari 2004 portant Code de la Famille, Dahi n° 1-04-22 du 12 hija 1424, *Bulletin Officiel* n° 5358 6 oktober 2005, www.amb-maroc.fr/documents/moudawana.pdf.

Wet 6 december 2005 tot wijziging van sommige bepalingen betreffende de adoptie, *BS* 16 december 2005, 53.993.

LEY 54/2007 (ES), de 28 de diciembre, de Adopción internacional, *BOE* (n° 312) 29 december 2007, 53.676.

Wet 30 juli 2013 betreffende de invoering van een familie- en jeugdrechtbank, *BS* 27 september 2013, 68.429.

Decr.VI. 29 juni 2012 houdende de organisatie van pleegzorg, *BS* 16 augustus 2012, 48.243.

Circulaire (FR) 22 oktober 2014 relative aux effets juridiques du recueil légal en France, *Bulletin Officiel du Ministère de la Justice* n° 2014-11 28 november 2014, www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/JUSC1416688C.pdf.

Vr. en Antw. Kamer (NED), Vr. nr. 527, 18 oktober 2004 (N. ALBAYRAK en K. DE VRIES).

Vr. en Antw. Senaat, Vr. nr. 3-914, 15 december 2005 (C. NYSSENS).

Vr. en Antw. Senaat, Vr. nr. 5-1150, 7 november 2013 (F. TALHAOUI).

Vr. en Antw. Kamer 2013 – 14, 19 november 2013, 13 (Vr. nr. 11 K. TEMMERMAN).

Vr. en Antw. VI.Parl., Vr. nr. 5-10793, 9 januari 2014 (H. STEVENS).

Vr. en Antw. Senaat (FR), Vr. n° 0716S, 27 februari 2014 (R. YUNG).

Hand. VI. Parl. comm. welzijn, volksgezondheid en gezin 2015 – 16, 20 oktober 2015, 15.

Rechtspraak

EHRM 22 januari 2008, nr. 43546/02, E.B./Frankrijk.

EHRM 28 juni 2007, nr. 76240/01, Wagner J.M.W.L./Luxemburg.

EHRM 4 oktober 2012, nr. 43631/09, Harroudj/Frankrijk.

EHRM 16 december 2014, nr. 52265/10, Loudoudi/België.

GwH 19 juni 2013, *A.GrwH* 2013, afl. 3, 1357.

RvS 28 maart 2003, nr. 117.667,
<http://www.raadvanstate.be/Arrets/117000/600/117667.pdf#xml=http://www.raadvanstate.be/apps/dtsearch/getpdf.asp?DocId=2699&Index=c%3a%5csoftware%5cdtsearch%5cindex%5carrets%5cfr%5c&HitCount=2&hits=13b+226+&23411320162311>.

Arbh. Bergen 3 september 2009, *Rev.dr.étr.* 2009, afl. 154, 389, noot.

Arbh. Brussel 14 september 2005 (onuitg.).

Arbh. Luik 18 juni 2012, *Rev.dr.étr.* 2012, afl. 168, 246.

Hof Arnhem 18 november 2008, LJN BG5709.

Brussel 28 november 2006, *Rev.trim.dr.fam.* 2008, afl. 1, 90.

Brussel 1 oktober 2007, *Rev.trim.dr.fam.* 2008, afl. 4, 1257.

Brussel 22 april 2009 (onuitg.).

Brussel 19 mei 2010, *Rev.trim.dr.fam.* 2012, afl. 2, 384.

Gent 13 maart 2013, *NJW* 2014, afl. 298, 225, noot S. BERTE.

Arbrb. Brussel 25 juli 2000 (onuitg.).

Arbrb. Hoei 7 oktober 2011 (onuitg.).

Rb. Charleroi 11 december 2008 (onuitg.).

Rb. Haarlem 16 december 2008, LJN BG8143.

Rb. Oost-Brabant ('s-Hertogenbosch) 27 februari 2013, *NIPR* 2013, afl. 2, 230.

Jeugdrb. Brussel 29 juni 2005, *J.dr.jeun.* 2005, afl. 250, 60.

Jeugdrb. Brussel 21 oktober 2005 (onuitg.).

Jeugdrb. Brussel 16 februari 2010, *Rev.trim.dr.fam.* 2011, afl. 1, 147.

Vred. St.-Gilles, 16 januari 2001, *TBBR* 2001, 245.

RvV 16 januari 2009, nr. 21532, www.rvv-cce.be/sites/default/files/arr/A21532.AN.pdf.

RvV 30 april 2009, nr. 26847, www.rvv-cce.be/sites/default/files/arr/A26847.AN.pdf.

RvV 28 mei 2009, nr. 28.068, *T.Vreemd.* 2009, afl. 4, 331.

RvV 29 mei 2009, nr. 28167.

RvV 31 oktober 2013, nr. 113174, www.rvv-cce.be/sites/default/files/arr/A113174.AN.pdf.

RvV 11 december 2009, nr. 35718.

RvV 24 februari 2011, nr. 56659, www.rvv-cce.be/sites/default/files/arr/A56659.AN.pdf.

RvV 28 februari 2013, nr. 98272, www.rvv-cce.be/sites/default/files/arr/A98272.AN.pdf.

Rechtsleer

Boeken

ATIGHETCHI, D., *Islamic Bioethics: Problems and Perspectives*, Dordrecht, Springer, 2007, 378 p.

BERGHMANS, M., en VAN LOOVEREN, A., *Het pleegouderboek: 101 vragen over pleegzorg*, Brussel, Politeia, 2013, 170 p.

CHOULOT, J.-J. en DIRIBARNE-SOMERS, H., *Le guide de l'adoption*, Parijs, Odile Jacob, 2007, 384 p.

VAN ITERSOM, D., *Ouderlijke verantwoordelijkheid en kindbescherming*, Antwerpen, Maklu, 2011, 259 p.

WUYTS, T., *Ouderlijk gezag: een coherente gezagsregeling voor minderjarigen*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 990 p.

Bijdragen in tijdschriften

ASSIM, U.M. en SLOTH-NIELSEN, J., "Islamic kafalah as an alternative care option for children deprived of a family environment", *African Human Rights Law Journal* 2014, 322 – 345.

BARRAUD, E., "Adoption et kafala dans l'espace migratoire franco-maghrébin", *L'année du Maghreb* 2008, afl. 4, 459 – 568.

BARRAUD, E., "Les multiples usages sociaux de la Kafala en situation de migration: protection et non protection des mineurs recueillis", *e-Migrinter* 2008, afl. 2, 133 – 142.

BERTE, S., “De kafala vormt geen toestemming tot adoptie” (noot onder Gent 13 maart 2013), *NJW* 2014, afl. 298, 228 – 229.

BERTRAND, B., “Quelles nouvelles implications pour la procédure de kafala?”, *J.dr.jeun.* 2006, afl. 258, 21.

BOLLEE, S., “La conformité à la Convention européenne des droits de l’homme de l’interdiction d’adopter un enfant recueilli en kafala (Cour eur. dr. h., Harroudj c. France, 4 octobre 2012)”, *Rev.trim.DH* 2013, afl. 95, 717 – 724.

CORNELOUP, S., “L’adoption internationale en France, Kafala, loi personnelle de l’enfant et vie familiale”, *Rev.crit.dr.intern.privé* 2013, afl. 1, 161 – 172.

DUCA, R., “Family reunification: the case of the muslim migrant children in Europe”, *Athens Journal of Social Sciences* 2014, 111 – 120.

ENGEL, C., “L’utilité du concept d’équivalence en droit international privé”, *Ann.dr.Louvain* 2006, afl. 1 – 2, 55 – 95.

ENGLERT, H., “L’adoption internationale – le bilan 7 ans après la réforme”, *ADDE Newsletter* 2010, afl. 59, 5.

ENGLERT, H., “La relativité des effets des actes de tutelle étrangers reconnus en Belgique sur le droit de séjour, une politique conforme aux engagements internationaux de la Belgique?”, *ADDE Newsletter* 2010, afl. 60, 2 – 4.

FULCHIRON, H., “[Chronique] Vie privée et familiale”, *EJHR* 2015, afl. 5, 671 – 709.

HAMMJE, P., “L’interdiction d’adoption face aux droits fondamentaux”, *Revue Dalloz* 2012, 2947.

LE BOURSICOT, M.-C., “La Kafala ou recueil légal des mineurs en droit musulman: une adoption sans filiation”, *Revue internationale interdisciplinaire* 2010, afl. 59, 296.

MARCAL ESCALONA, N., “La reconnaissance de la kafala marocaine dans l’ordre juridique espagnol”, *Rev.crit.dr.intern.privé* 2015, afl. 1, 89 – 113.

MARCHADIER, F., “Refus de prononcer l’adoption d’une enfant confiée au titre de la kafala”, *Rev.crit.dr.intern.privé.* 2015, 432.

MARY, J., “Un pas en avant vers une protection internationale des enfants: l’entrée en vigueur de la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 relative à la protection des enfants”, *Rev.not.b.* 2015, afl. 3098, 414 – 447.

VAN GRUNDERBEECK, D., en SIEBURGH, C. H., “Privaatrecht en grondrechten”, *TPR* 2014, afl. 2, 643 – 688.

VAN MENSEL, A., “De afstamming in de landen van de maghreb”, *Afrika Focus* 1990, vol. 6, nr. 2, 119 – 238.

VERHELLEN, J., “Ouderlijke verantwoordelijkheid, voogdij en bescherming van onbekwamen”, *TPR* 2006, afl. 3, 1518 – 1534.

WAUTELET, P., “Le nouveau régime des décisions étrangères dans le code de droit international privé”, *P&B* 2004, afl. 5 – 6, 208 – 224.

WUYTS, T., “Ernstige tekortkomingen aan de verplichtingen als ouder vormen geen aanleiding tot het ontstaan van de voogdij”, *T.Fam.* 2007, afl. 5, 90 – 96.

X., “EHRM (2e afd.) 16 december 2014, nr. 52265/10, Loudoudi/België”, *T.Vreemd.* 2015, afl. 2, 118.

X., “Verdrag van 1996 over ouderlijke verantwoordelijkheid en kindbescherming in werking op 1 september 2014”, *T.Vreemd.* 2014, afl. 4, 451 – 452.

X., “Weigering adoptie van kind onder kafalagezag was geen schending van recht op familie- en privéleven”, *T.Vreemd.* 2015, afl. 2, 143 – 144.

Bijdragen in verzamelwerken

ADRIAENSSENS, K., “Art. 475bis B.W” in *Personen- en familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, I.I, *Personen*, 1991, z.p.

BORRAS, A., “The protection of the rights of children and the recognition of kafala” in VAN LOON, J. H. A. (ed.), *A Commitment to Private International Law. Essays in honour of Hans van Loon*, Cambridge, Intersentia, 2013, 77 – 87.

BREDA, V., “Shari’a Law in Catholic Italy: A Non-agnostic Model of Accommodation” in POSSAMAI, A., RICHARDSON, J. T. en TURNER, B. S. (eds.), *The Sociology of Shari’a: Case Studies from around the World*, Zwitserland, Springer, 2015, 119 – 139.

GALLUS, N., “La nouvelle loi sur l’adoption”, in FRANEAU, J., MASSAGER, N., GALLUS, N., PIRE, D., BOURS, J., WAUTELET, P., COLLIENNE, F. en PFEIFF, S. (eds.), *Droit des familles*, Luik, Anthemis, 2007, 109 – 186.

HEPS, R., “Art. 353-12 BW” in *Personen- en familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, I.I, *Personen*, 2013, afl. 73, 21 – 24.

LAFFINEUR, S., “La kafala de droit marocain et la nouvelle adoption belge en quête d’harmonie” in RENCHON, J., BAUGNIET, N., BEAGUE, M., LAFFINEUR, S., DEMANET, A., VAILLANT, C., CROKART, H., HEUKEMES, C., DEROUAUX, E., BEDORET, M. en DIVE, L. (eds.), *Les nouveaux aspects juridiques de l’adoption: quelques thématiques spécifiques*, Brussel, Larcier, 2009, 269 – 334.

FARGE, M., “Efficacité des jugements étrangers en France” in MURAT, P. (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2013, z.p.

SAROLEA, S., en HENRICOT, C., “Droit international privé et droit de la famille” in WAUTHELET, P., FRANCO, S., SAROLEA, S., en HENRICOT, C. (eds.), *Actualités du droit international privé*, Waver, Anthemis, 2009, 143 – 206.

SWENNEN, F., “Alimentatie voor kinderen” in CENTRUM VOOR BEROEPSVERVOLMAKING RECHTEN (ed.), *Alimentatie en kinderen*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 19 – 54.

Masterproeven

DUCHESNE, J., *L'intérêt supérieur de l'enfant et la diversité culturelle : approche sous le regard de la kafala*, masterproef Rechten Université libre de Bruxelles, 2015, 79 p.

MALINGREAU, J., *International kafala: a right for the child to enter and stay in the member states*, masterproef Europees Privaatrecht Universiteit Amsterdam, 2013, 38 p.

TOUHAMI, N. O., *Kafala – zwakke adoptie: een onderzoek naar de versterking van de positie van Nederlandse pleegouders van een gewortelde alleenstaande minderjarige vreemdeling*, masterproef Rechten Universiteit Tilburg, 2013, 50 p.

TUGAULT-LAFLEUR, J., *Analyse comparative des conceptions de l'enfant et des institutions de l'adoption dans le monde arabo-musulman et en Occident : une réconciliation est-elle possible?*, masterproef Rechten Universiteit Montréal, 2011, 210 p.

Krantenartikelen

ALI, A. B., ‘L’Espagne s’engage à respecter le principe de la Kafala’, *L’actualité économique et financière en continu*, 5 maart 2013, www.leseco.ma/maroc/8668-lespagne-sengage-a-respecter-le-principe-de-la-kafala.html.

BEEL, V., ‘Al 100 kinderen uit Marokko geadopteerd in Franstalig België: Marokkaanse adoptiezone in de knel’, *De Standaard*, 28 september 2015, www.standaard.be/cnt/dmf20150927_01889960.

BEEL, V., ‘Eerste proef dossier adoptie uit Marokko loopt muurvast: Vlaanderen stopt adopties uit Marokko’, *De Standaard*, 4 november 2013, www.standaard.be/cnt/dmf20131103_00822267.

BOUCHRIKA, W., ‘Misbruik in de Marokkaanse weeshuizen is schering en inslag’, *Knack*, 4 augustus 2014, www.knack.be/nieuws/wereld/misbruik-in-de-marokkaanse-weeshuizen-is-schering-en-inslag/article-normal-268843.html.

DATO, E., ‘Kafala, la convenzione è in vigore ma l’attuazione è un pasticcio’, *Vita*, 16 februari 2016, www.vita.it/it/article/2016/02/16/kafala-la-convenzione-e-in-vigore-ma-lattuazione-e-un-pasticcio/138326/.

HERTOGEN, J., ‘Migratieachtergrond per nationaliteit en gewest in België 2015’, *De Wereld Morgen*, 4 september 2015, <http://community.dewereldmorgen.be/blog/janhertogen/2015/09/04/migratieachtergrond-per-nationaliteit-en-gewest-in-belgie-2015>.

NAJIB, A., ‘Maroc : Les enfants nés sous X, l’omerta’, *La Gazette du Maroc*, 15 juni 2007, www.bladi.net/maroc-enfants.html.

VANLOMMEL, S., ‘Alleen moslims mogen Marokkaanse kinderen adopteren’, *De Morgen*, 4 mei 2011, www.demorgen.be/buitenland/alleen-moslims-mogen-marokkaanse-kinderen-adopteren-b40399c3/.

VERHOOGEN, I., ‘Voorlopig geen adoptiekinderen meer uit Marokko’, *De Redactie*, 4 november 2013, <http://deredactie.be/cm/vrtnieuws/binnenland/1.1770509>.

X., ‘Adoptie-ambtenaar dringt aan op wetswijziging’, *De Standaard*, 28 september 2015, www.standaard.be/cnt/dmf20150927_01889959?shareId=7f29a1d9f244317ec319156587551bc18177a2d0c485634ba81a16f869c014cc76453d71fbecac12cbfc37ee4e7f156e23b388fbd2cc7199203e4364492364ff.

X., ‘Adopties uit Marokko liggen stil’, *De Standaard*, 29 september 2015, www.standaard.be/cnt/dmf20150928_01891874.

X., ‘Premier Marokko zegt opnieuw ’nee’ tegen homohuwelijk’, *Bladna.nl*, 18 februari 2016, www.bladna.nl/premier-marokko-homohuwelijk,13874.html.

X., ‘Wat de Turken vragen, doen de Marokkanen’, *Katholiek Nieuwsblad*, 25 februari 2013, www.katholiekniewsblad.nl/nieuws/wat-de-turken-vragen-doen-de-marokkanen.

Elektronische bronnen

ABIDA, A., “De la reconnaissance progressive de la kafala judiciaire et de ses effets”, 2016, www.village-justice.com/articles/reconnaissance-progressive-kafala,22043.html.

AGENTSCHAP INTEGRATIE EN INBURGERING, “Humanitaire regularisatie (9bis)”, www.kruispuntmi.be/thema/vreemdelingenrecht-internationaal-privatrecht/verblijfsrecht-uitwijzing-reizen/humanitaire-regularisatie-9bis.

AGENTSCHAP INTEGRATIE EN INBURGERING, “Ik heb een Kefala van Marokko, kan ik daarvan de erkenning als adoptie vragen in België?”, www.kruispuntmi.be/thema/vreemdelingenrecht-internationaal-privatrecht/familiaal-ipr/interlandelijke-adoptie/vaak-gestelde-vragen-adoptie#1.

AGENTSCHAP INTEGRATIE EN INBURGERING, “Niet-begeleide minderjarigen (NBM)”, www.kruispuntmi.be/thema/vreemdelingenrecht-internationaal-privatrecht/verblijfsrecht-uitwijzing-reizen/niet-begeleide-minderjarigen-nbm.

AGENTSCHAP INTEGRATIE EN INBURGERING, “Rechtspraak Vreemdelingenrecht & IPR: Europees Hof voor de Rechten van de Mens 16-12-2014”, www.kruispuntmi.be/europees-hof-voor-de-rechten-van-de-mens-16-12-2014.

ASSOCIATION DE PARENTS ADOPTIFS D’ENFANTS RECUEILLI PAR KAFALA (APAERK), “Guide pratique: quelles sont les démarches pour une kafala judiciaire au Maroc?”, 2015, www.apaerk.fr/docothèque/NON-ADHERENTS/apaerk_guide-demarches-maroc_juin-2.pdf.

ASSOCIATION POUR LE DROIT DES ETRANGERS (ADDE), “La kafala en droit marocain”, 2015, www.adde.be/ressources/fiches-pratiques/dip/la-kafala-en-droit-marocain.

ASSOCIATION POUR LE DROIT DES ETRANGERS (ADDE), “La kafala en droit marocain: est-il possible d’adopter un enfant qui réside dans un pays qui ne connaît pas de l’adoption (art. 361-5 C.civ.)?”, www.adde.be/ressources/fiches-pratiques/dip/adoption#25.

BERGHMANS, M., “Gewone voogdij: wanneer?”, 2009, www.jeugrecht.be/?action=artikel_detail&artikel=166.

CENTRE INTERNATIONAL DE REFERENCE POUR LES DROITS DE L’ENFANT PRIVE DE FAMILLE (SSI/CIR), “Fiche de formation n° 50: cas particulier: la kafala”, 2007, www.iss-ssi.org/2009/assets/files/thematic-facts-sheet/fra/50.Kafala%20fra.pdf.

CENTRE POUR L’INITIATIVE CITOYENNE & L’ACCES AU(X) DROIT(S) DES EXCLUS (CICADE), “Droit de la famille des femmes françaises & maghrébines: la kafala algérienne”, 2015, www.cicade.org/wp-content/uploads/2015/07/La-kafala-alg%C3%A9rienne.pdf.

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD (UN), “Consideration of reports submitted by States parties under article 44 of the Convention: Libyan Arab Jamahiriya”, 2009, www.refworld.org/pdfid/51efa45d4.pdf.

DEFENCE FOR CHILDREN, “Europese Hof: kafala is geen adoptie”, 2015, www.defenceforchildren.nl/p/48/4146/mo233-m80/mo481-cg327/mo480-cg327/europese-hof%3A-kafala-is-geen-adoptie.

DUBOIS, M., “Kafala: conditions, conséquences, adoption et changement de nom”, 2013, www.legavox.fr/blog/mailys-dubois/kafala-conditions-consequences-adoption-changement-11722.htm#.VmczJWTqikp.

GRANDPARENTS’ ASSOCIATION, “Special guardianship orders”, www.familylives.org.uk/advice/your-family/fostering-adoption-kinshipcare/special-guardianship-orders/.

FEDERAAL AGENTSCHAP VOOR DE KINDERBIJSLAG (FAMIFED), “Kindsituatie: geplaatste kinderen: in een gezin”, <http://vlaanderen.famifed.be/nl/gezinnen/kindsituatie/een-gezin>.

FEDERALE OVERHEIDSDIENST JUSTITIE, “Adoptie: globale statistieken”, 2016, http://justitie.belgium.be/nl/themas_en_dossiers/kinderen_en_jongeren/adoptie/statistieken/globale_statistieken (consultatie 20 maart 2016).

FEDERALE OVERHEIDSDIENST JUSTITIE, “Vademecum voor voogden van niet-begeleide minderjarige vreemdelingen”, 2007, http://justitie.belgium.be/sites/default/files/downloads/vade_mecum_tuteurs_2008_nl.pdf.

FEMMES INFORMATIONS JURIDIQUES INTERNATIONALES RHONE-ALPES (FIJIRA), “La kafala: lettre thématique n° 24”, 2012, www.fiji-ra.fr/wp-content/uploads/2015/05/Lettre-n%C2%B024-La-kafala-Avril-2012.pdf.

HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW (HCCH), “Italy ratifies the 1996 Hague Protection of Children Convention”, 2015, www.hcch.net/en/news-archive/details/?varevent=431.

JONGERENWELZIJN, “Pleegzorg: typemodules”, <http://wvg.vlaanderen.be/jongerenwelzijn/jeugdhulp/pleegzorg/typemodules/>.

KAFALA.FR, “Circulaire N° 40 S/2 Ministère de la Justice et des Libertés”, www.kafala.fr/la-kafala/circulaire.

KAFALA.FR, “Confirmation: la circulaire ne concerne pas les MRE”, www.kafala.fr/la-kafala/circulaire.

KIND EN GEZIN, “Adoptie: bemiddeling”, www.kindengezin.be/adoptie/ik-wil-adopter/en-ongekend-kind/bemiddeling/.

KIND EN GEZIN, “Adoptie: herkomstlanden: Marokko”, www.kindengezin.be/img/roh-marokko.pdf.

KIND EN GEZIN, “Adoptie: het VCA en het Raadgevend Comité”, www.kindengezin.be/adoptie/over-vca/het-vca-en-raadgevend-comite/.

KIND EN GEZIN, “Adoptie: procedure”, www.kindengezin.be/adoptie/buitenlandse-adoptie/via-eeen-adoptiedienst/procedure/#Voorbereidingsessies-.

KIND EN GEZIN, “Uitspraak van het Hof van Cassatie over een adoptieprocedure uit Marokko”, www.kindengezin.be/nieuws-en-actualiteit/2015/20150928-uitspraak-van-het-hof-van-cassatie-over-eeen-adoptieprocedure-uit-marokko.jsp.

KINDERRECHTSWINKEL, “Algemene informatie over het kinderrechtenverdrag”, www.kinderrechtswinkel.be/index.php?ID=2394.

MOSLIMA, “Voorwaarden aan adoptie binnen de Islam”, www.moslimala.nl/nl/Vrouw-familie-gezin/adoptie.php.

RABINEAU, Y., “Le régime de la kafala au Maroc et ses conséquences au regard du droit français”, 2008, <http://jafbase.fr/docMaghreb/FichesRabineau/Kafala9.pdf>.

- RAY OF HOPE, “Jaarverslag 2014”, 2014, www.rayofhope.be/storage/assets/file_asset/139/Jaarverslag2014.pdf.
- RAY OF HOPE, “Landen: Marokko”, www.rayofhope.be/landen/marokko.
- REUNITE INTERNATIONAL, “Libye”, 2005, www.reunite.org/edit/files/Islamic%20Resource/Libya%20Text.pdf.
- STEUNPUNT ADOPTIE VZW, “Info & voorbereiding”, www.steunpuntadoptie.be/nl/info-voorbereiding.
- STEUNPUNT JEUGDHULP, “Juridische categorie: begrip. Wat is pleegvoogdij?”, http://2013.steunpuntjeugdhulp.be/?action=juridische_faqvraag&faqcategorie=0&vraag=329&titel=%3Cp%3EWat+is+pleegvoogdij%3F%3C%2Fp%3E.
- STEUNPUNT JEUGDHULP, “Juridische categorie: ouderlijk gezag. Wie neemt beslissingen over de opvoeding van een minderjarig pleegkind?”, www.steunpuntjeugdhulp.be/?action=juridische_faqvraag&faqcategorie=0&vraag=386&titel=%3Cp%3E%3Cstrong%3EOuderlijk+gezag%3C%2Fstrong%3E.+Wie+neemt+beslissingen+over+de+opvoeding+van+een+minderjarig+pleegkind%26nbsp%3B%3F%3C%2Fp%3E.
- TRAVERSINI, M., “Adoption internationale”, 2012, www.juritravail.com/Actualite/adoption-simple-pleniere/Id/16217.
- VERMEULEN, U., “De gezagsvoorzieningen in de Islam: adoptie en hoederecht”, www.verenigingrimo.nl/wp/wp-content/uploads/recht4_vermeulen.pdf.
- WERELDKINDEREN, “Adoptie Marokko niet meer mogelijk”, 2015, www.adoptie.nl/nieuwsdetail/82/Adoptie_Marokko_niet_meer_mogelijk/mn/2/.
- VZW HOUVAST, “Kinderen na overlijden van een ouder”, 2004, www.houvast.be/tekst312_1.shtml.
- UNICEF, “Unicef Annual Report for Mauritania”, 2010, www.unicef.org/about/annualreport/files/Mauritania_COAR_2010.pdf.
- X., “Abortus in de Arabische wereld”, www.thinglink.com/scene/672817802888871937.
- X., “Kafalaverzoeken opgeschort”, 2013, www.adoptie.nl/nieuwsdetail/66/kafalaverzoeken_opgeschort/mn/2/.
- X., “L’adoption dans les pays du Maghreb”, www.espace-citoyen.be/article/322-l-adoption-dans-les-pays-du-maghreb/.
- X., “Minor. Italy takes time recognition of kafala, adoption islamic”, 2015, www.gruppoeuropa.net/en/news/minori-litalia-prende-tempo-sul-riconoscimento-della-kafala-ladozione-islamica/.
- X., “Ouders onbeschikbaar: (pleeg)voogdij?”, 2002 – 03, www.jeugdrecht.be/?action=artikel_detail&artikel=168.